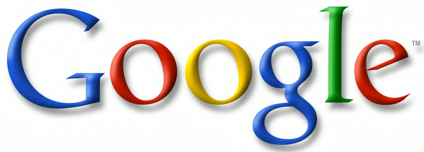
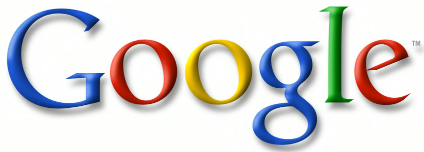




Netherlands

HET

NEDERLANDSCHE BURGERLIJK

PROCESRECHT

DOOR

Mr. R. VAN BONEVAL FAURE,
OUD-HOOGLEERAAR TE LEIDEN.

IV, 1.

TWEEDE HERZIENE DRUK.

LEIDEN. — E. J. BRILL.
1896.

HET
NEDERLANDSCHE BURGERLIJK PROCESRECHT.

HET

NEDERLANDSCHE BURGERLIJK

PROCESRECHT

DOOR

MR. R. VAN BONEVAL FAURE,
OUD-HOOGLEERAAR TE LEIDEN,

IV. - I.

TWEEDE HERZIENE DRUK.

LEIDEN,
E. J. BRILL.

1896.

HET

NEDERLANDSCHE BURGERLIJK

PROCESRECHT

DOOR

MR. R. VAN BONEVAL FAURE,
OUD-HOOGLEERAAR TE LEIDEN,

IV. - I.

TWEEDE HERZIENE DRUK.

LEIDEN,
E. J. BRILL.
1896.

DRUK VAN E. J. BRILL.

INHOUD VAN HET VIERDE DEEL.

EERSTE STUK.

HOOFDSTUK VIII.

BEWIJS EN BEWIJSVOERING.

TIT. II.

De toepassing van het middel. Procedure.

AFDEELING IV.

Schriftelijk bewijs.

TIT. I.

Het geschrift als bewijsmiddel.

TIT. II.

Bewijsvoering door geschrift.

AANWIJZING

DER BLADZIJDEN WAAR DE ARTIKELEN DER VERSCHILLENDE WETTEN EN WETBOEKEN IN HET VIERDE DEEL, EERSTE STUK, AANGEHAALD WORDEN.

BURGERLIJK WETBOEK.

WETBOEK VAN KOOPHANDEL.

Wetboek van Koophandel.

Wet op het faillissement en de surséance.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Wetboek van Strafvordering.

Wetboek van Strafrecht.

Tarief van justitiekosten in burgerlijke zaken.

HOOFDSTUK VIII.

BEWIJS EN BEWIJSVOERING.

Bronnen: Burg. Wetb. IV, tit. 1—6 en bovendien, zoo in het B.W. als in het Wetb. v. Kooph., verspreide bepalingen; Wetb. v. B. R. art. 50, B. I tit. II, artt. 100—121; tit. III, afd. 2 artt. 148—150; afd. 5—9; B. III. tit. VI, afd. 7 en 11.

Ontwerp 1820 B. IV, tit. 7—12; C. Civ. III, tit. III ch. 6 en elders; C. de Pr. artt. 120 en 121; artt. 188—192: voorts L. I. tit. 7 en 8; L. II, tit. 10—15; POTHIER, traité des obligations IVe partie n°. 728 svv. ed. BUGNET, T. II p. 398—496; traité de la procédure civile P. I. Chap. III, Sect. 2, art. 1—5. ed. BUGNET T. X. p. 56—94.

Het verband van het onderwerp in dit hoofdstuk behandeld met dat van het vorige is in § 77 aangegeven. Ruime stof voor incidenten levert de bewijsvoering op. Deze komen evenwel zoo geregeld voor, zij het dan ook het eene meer dan het andere, dat de bewijsvoering kan gezegd worden eene bijzondere phase van het geding uit te maken. Reeds daardoor wordt in de ontwikkeling van de regelen, welke het proces beheerschen, daaraan eene afzonderlijke plaats aangewezen. Bovendien en vooral staan zij in zoo nauw verband met een bijzonder deel van het materieele recht, dat het geheele onderwerp van het bewijs, van zijn materieele en formeele zijde

beschouwd, als een zelfstandig onderwerp kan aangemerkt en behandeld worden. De materieele en formeele beteekenis van dit deel van het procesrecht is niet alleen in het opschrift van dit hoofdstuk aangeduid maar zij blijkt ook uit de aangehaalde onmiddellijke en meer verwijderde bronnen van ons positief recht. Het verband van het formeele met het materieele recht, dat vooral tot schade van het recht verstand der bepalingen van rechtspleging uit het oog verloren wordt en dat wij daarom tot grondslag van onze behandeling van het procesrecht hebben gemaakt, wordt door de wettelijke regeling van het bewijs zelve in het licht gesteld. Zullen dientengevolge ook de bepalingen van het burgerlijk wetboek hier besproken worden, de behandeling, die daaraan in de werken over dat recht ten deel viel, zal mij veeltijds eene ontwikkeling in bijzonderheden kunnen besparen (*). Beter komt het mij echter voor dat de bepalingen van

(*) DIEPHUIS. Ned. burg. recht naar de volgorde v. h. B. W., Dl. IX bl. 1—303. In het Ned. burg. recht van denzelfden schrijver, dat als Systeem pleegt aangehaald te worden, is het bewijs behandeld bij de algemeene onderwerpen, welke in de drie eerste deelen worden behandeld en aldaar het onderwerp uitmaken van Hoofdst. III van rechtsbetrekkingen en rechten, Afd. III: van het bewijs van het bestaan en tenietgaan van rechten en rechtsbetrekkingen. Dl. II. bl. 288—458, Dl. III. bl. 5—287. Ook de bepalingen van rechtspleging worden door den schrijver daarmede in verband gebracht. Behalve bij de andere uitleggers van het B. W. — de taak door OPZOOMER in zijn uitgebreid werk over het Burg. Wetboek, op dit onderwerp onvoltooid gelaten, werd, gelijk bekend is, door Mr. J. A. LEVY voortgezet met de uitgave van eene eerste aflevering, behelzende verklaring van art. 1902 en 1903, in 1892, en eene tweede betreffende de artt. 1904—1918 in 1895 verschenen — vindt men bij ons het Bewijs volgens het burgerlijk recht afzonderlijk behandeld door Mr. C. v. BELL, Dordrecht 1866; (zie N. Bijdr. 1867 [XVII] bl. 480. Na de uitgave van den eersten druk van dit deel van mijn Procesrecht voltooide ook Prof. LAND zijne Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Het bewijs maakt het onderwerp uit van het laatste gedeelte van het IIIe deel 2e stuk bl. 358—466. Verg. GOUDSMIT Pandekten-systeem I § 104 en 105. MODDERMANN's Handb. voor het R. R. door DRUCKER I, § 113 en 114.

Voor het fransche recht verdient, behalve POTHIER t. a. p. en de commentaren op C. Civ., geraadpleegd BONNIER traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel II dln. 4e ed. Paris 1873. Eene vijfde uitgave bezorgde, na den dood van den auteur, F. LARNAUDE in 1888. Hij bracht het werk op de hoogte van jurisprudentie en litteratuur. Bijvoegingen en veranderingen, hier en daar bestrijding van BONNIER's gevoelen, zijn met * aangeduid. Uitbreiding onderging het werk ook door vergelijking met vreemde wetgevingen. Het werd echter weer tot één deel teruggebracht. Van de schrijvers over de fransche procedure vereenigt GARSONNET in zijn traité théorique et pratique de procédure, waarvan vijf deelen tot dusver verschenen zijn en nog een VIe te verwachten is, de behandeling der rechtspleging met die van het materieele recht. Over het bewijs zie men Dl. II, 3e Partie: Procédure Livre I, procédure antérieure au jugement tit. 3: instruction, Sect. I. Procédure ordinaire § II Preuve. bl. 295—348. Dan volgt de behandeling van het formeele

materieel recht ook bij het proces in behandeling komen dan dat zij alleen op zich zelve of in het geheel niet hare beurt krijgen. Van de bewijsleer kan trouwens niet gezegd worden wat van het materieele procesrecht in het algemeen is opgemerkt[1], dat zij door de scheiding van materieel en formeel recht verwaarloosd is geworden, verg. Dl. I. bl. 14, want zij heeft eene zeer uitgebreide litteratuur.

Mochten al niet alle bepalingen van de aangehaalde titels van het IVe B. v. h. B. W. werkelijk het bewijs betreffen, zeker is het dat daar niet alle wetsbepalingen omtrent het bewijs worden aangetroffen. Niettegenstaande hare meer algemeene strekking in de bedoeling des wetgevers lag, toen hij op het voorbeeld van het ontwerp van 1820 ze naar het IVe boek verwees, (verg. ook het Ontwerp van Wetten omtrent het bewijs van de Commissie van 1798 die aan de regeling een nog ruimeren omvang gaf) bleef toch de tot de verbintenissen beperkte strekking van de bepalingen van den Code naar POTHIER, die de onmiddellijke bron van ons wetboek zijn, in meer dan een der artt. van het B. W. al te duidelijk zichtbaar, en vinden de bepp. van het IVe boek aanvulling in de elders in het B. W. verspreide bepalingen, als in B. I. tit. 3 en tit. 13, waarmede wederom de met die bepaling verwante artt. van den C. C. te vergelijken zijn. Voorts bevat ook het W. v. K., behalve zijn algemeen voorschrift in art. 1 § 1, zijne bijzondere tot het bewijs betrekking hebbende bepalingen, die zich evenwel aan de algemeene bepalingen van het B. W. aansluiten en eer bijzondere handelingen, en toepassing van de in het B. W. in 't algemeen geregelde bewijsmiddelen in bijzondere gevallen, betreffen dan dat zij aan de bewijsleer ruimeren omvang zouden geven. Zoo vinden wij met name in het Wetb. v. K.,

---

gedeelte in Sect. II: Incidents de la procédure ordinaire en daarvan Art. III: Incidents relatives. à la preuve bl. 418—611.

In het Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek voor het duitsche Rijk komen alleen enkele bepalingen over den bewijslast voor, en in verband daarmede eene bepaling over het bewijs door wettelijke vermoedens §§ 193—198. De bewijsmiddelen, voor zoover de vrije bewijstheorie daaromtrent nog bepalingen noodig maakt, worden met de procedures, waartoe het bewijs aanleiding geeft, in de Civilprozessordnung §§ 255—266 en tit. V—XII §§ 321—455 geregeld. De §§ 193—198 zijn bij de tweede lezing weggelaten omdat door dergelijke algemeene bepalingen omtrent den bewijslast niets zou gewonnen worden en zij als van overwegend leerstelligen aard in een wetboek niet thuis behooren. Alleen § 198 wilde men behouden doch met eene bijvoeging in de Civilprocesjordnung overgebracht hebben.

ofschoon het getuigenbewijs in handelszaken ruim is toegelaten, vele bijzondere soorten van geschriften en akten die op 't gebied van het algemeen burgerlijk recht onbekend zijn. Men denke daarbij aan het handelspapier waarmede de verrichte rechtshandeling als 't ware vereenzelvigd is, zoodat zelfs de benaming der handeling daarop wijst als: wisselbrief, orderbriefje; aan overeenkomsten of verbintenissen die geschrift tot haar wezen vereischen, als de chertepartij en het cognossement bij het contract van bevrachting, aan akten die tot bewijs van daden van koophandel worden opgemaakt en onder eene bijzondere benaming bekend zijn als de polis bij het verzekeringscontract, de monsterrol bij het huren van scheepsofficieren en scheepsgezellen. In het Wetb. v. B. R. is in art. 810 ook nog eene bepaling betreffende de bewijsmiddelen verdwaald geraakt.

Ik stel mij voor de bepalingen der rechtspleging: de vormen en formaliteiten welke tot het in werking brengen van de bewijsmiddelen vereischt worden, met de behandeling van elk bewijsmiddel in het bijzonder te vereenigen. Daaraan dient evenwel eene algemeene beschouwing van het bewijs en de bewijsvoering vooraf te gaan, waarbij o. a. het voorwerp van het bewijs in het burgerlijk proces en de bewijslast te bespreken zijn.

AFDEELING I.

§ 24. IN HET ALGEMEEN.

Wat is bewijs en bewijsvoering?

Onder bewijs verstaat men de gronden voor het aannemen van de waarheid van feiten, waarvan de beslissing van een geschil afhankelijk is.

Die bewijsgronden worden verkregen door de door de wet erkende bewijsmiddelen.

Bewijsvoeren bestaat in de aanwending der bewijsmiddelen langs wettelijken weg. Langs dien weg worden de gronden aan het licht gebracht, waarop door den rechter de waarheid der beweerde feiten mag of moet worden aangenomen.

Partijen hebben hunne wederzijdsche beweringen aan het oordeel des rechters onderworpen; zij verlangen van hem de uitspraak

wie hunner gelijk heeft. Met hunne beweringen staan zij voor den rechter gelijk. De eene zoo goed als de andere kan gelijk hebben. Opdat de rechter een oordeel kunne uitspreken moet hem de waarheid der gevoerde beweringen blijken en meer bepaaldelijk de waarheid van die beweerde feiten, van welker waarheid de beslissing afhankelijk is. Niet de tegenpartij maar de rechter moet van die waarheid de overtuiging erlangen. Doch de gronden, waarop hij die overtuiging kan vestigen, moeten de partijen hem verschaffen. Zelfs waar de rechter ambtshalve een bewijsmiddel mocht bevelen, moeten in hoofdzaak de partijen al datgene verrichten wat noodig is om het middel in toepassing te brengen.

Men pleegt de waarheid der feiten, van welke de rechter alzoo overtuigd wordt en krachtens welke overtuiging hij het bestaan dier feiten aanneemt, eene juridieke, betrekkelijke of formeele waarheid in tegenstelling van de natuurlijke, volstrekte of materieele waarheid te noemen. Verg. Puchta Vorlesungen I. §. 220, Unger Oester. privatrecht II § 129 nt. 2, S. 552.

Maar, is deze laatste dan niet de waarheid en doet het geen afbreuk aan het voor de rechtszekerheid zoo noodzakelijk vertrouwen op de rechterlijke beslissingen, dat men zich met die betrekkelijke waarheid tevreden stelt en erkennen moet de juistheid der bewering, dat wat in rechte waar is, daarom toch nog niet waar is, terwijl niettemin met kracht wordt vastgehouden aan het »res iudicata pro veritate habetur"? Dat een rechtzoekende, welke die onderscheiding hoort maken tot eene sceptische beschouwing van de rechtspraak verleid kan worden, is niet tegen te spreken, maar dat ook, wanneer die rechtzoekende slechts een oogenblik wil nadenken, dit het geval niet behoeft te zijn, is niet minder duidelijk. Een weinig nadenken moet doen inzien dat wij ook hier te doen hebben met 's menschen onvolmaaktheid en de onvolmaaktheid der menschelijke instellingen; de eene het natuurlijke gevolg van de andere. Evenals het voor de rechtszekerheid een noodzakelijk vereischte is dat het vonnis als waarheid worde aangenomen, al blijft de mogelijkheid bestaan dat de rechter in zijn uitspraak dwaalde, (pro veritate habetur, zegt de spreuk!) evenzoo noodzakelijk is het om eene werkelijke rechtspraak mogelijk te maken, dat de rechter zich met formeele waarheid ten aanzien van het bestaan der feiten tevreden stelt, al tracht hij ook zooveel mogelijk de materieele waarheid te ontdekken. Moest de rechter van

de materieele waarheid van een feit overtuigd zijn om het bestaan daarvan te kunnen aannemen, hij zou eerst dan overtuigd mogen zijn, als hem het tegendeel onmogelijk bleek. Hij zou dan wel in vele, zoo niet in de meeste gevallen, de waarheid der beweerde feiten op de daarvoor aangevoerde gronden niet kunnen aannemen. Maar als hij dan tot het niet-bestaan dier feiten ging besluiten, zou dan zijn uitspraak gezegd kunnen worden der materieele waarheid recht te laten wedervaren? en wanneer hij, de materieele waarheid noch naar de eene noch naar de andere zijde vindende, besluiteloos moest blijven staan, wat werd er dan van de rechtspraak? Daarom is ook niet juist wat CUIACIUS zegt, ad tit. Cod. ad leg. Juliam Maj. »quae non est plena veritas, est plena falsitas, sic quod non est plena probatio, plane nulla est probatio", met instemming aangehaald bij BOEY Woordentolk v° presumptie.

Wanneer alzoo uit den aard der zaak, het bewijs, waarmede de rechter zich voor zijne overtuiging tevreden stellen mag en moet, omdat anders de rechtspraak voor hem onmogelijk zou worden, alleen formeele waarheid geeft, die de mogelijkheid van het tegendeel niet uitsluit, zoo is tegenover het geleverd bewijs, tegenbewijs d. i. bewijs van het tegendeel niet alleen mogelijk maar zelfs in den regel toe te laten en vloeit uit den aard der zaak voort wat het O. 1820 in art. 3313 uitdrukkelijk bepaalt: »Geen der bewijsmiddelen, bij art. 3311 opgenoemd, heeft eene zoodanige kracht, dat dezelve door geen tegenbewijzen zou kunnen ontzenuwd worden; dan alleen in de bijzondere gevallen, waaromtrent de wet dit bepaaldelijk voorschrijft". Zie DIEPHUIS II bl. 299 tegen OPZOOMER. Verg. MR. ROMBACH in Rechtsg. Magazijn XII (1893) bl. 597 v.

In het burgerlijk geding heeft de formeele waarheid te meer gezag omdat, gelijk de aard der burgerlijke rechten medebrengt dat hunne handhaving afhankelijk is van de partijen, dit evenzeer met het aannemen en het betwisten van feiten waarvan het bestaan der rechten afhankelijk is, ja zelfs tot op eene zekere hoogte met het aanwenden van bewijsmiddelen het geval is. Hierin komt het onderscheid van het bewijs en van 's rechters taak in het burgerlijk geding en in het strafgeding uit. Verg. Dl. I bl. 2.

Om het bestaan van die formeele of juridieke waarheid aan te

nemen heeft de rechter te letten op bij de wet gestelde regelen. Deze betreffen niet alleen de bewijsmiddelen, zoodat de wet aanwijst welke middelen uitsluitend tot ontdekking der waarheid kunnen dienen, maar de wet bepaalt ook de vereischten waaraan die middelen moeten voldoen om voor den rechter aannemelijke gronden van de waarheid op te leveren, de mate waarin zij dat doen, m. a. w., hunne bewijskracht, en eindelijk schrijft de wet de vormen en formaliteiten voor, welke bij de aanwending der middelen, bij de bewijsvoering, moeten worden in acht genomen.

De noodzakelijkheid der vormen en formaliteiten wordt hier, als voor het geheele proces, bepaald door de eischen van orde en regelmaat, welke aan eene behoorlijke kennisneming en aan een grondig en onpartijdig onderzoek moeten gesteld worden. Daarmede is niet gezegd dat al de vormen en formaliteiten welke de wet voorschrijft op zich zelve noodzakelijk zijn. Bij de aanwijzing der bewijsmiddelen, en vooral bij de toelating of beperking van het een of ander in bepaalde gevallen of categoriën van gevallen, bij de aan elk daarvan te stellen eischen, opdat zij gronden voor de waarheid kunnen opleveren en in hoeverre zij dit doen, heeft de wetgever natuurlijk in het oog te houden dat die bewijsmiddelen zooveel mogelijk tot de ontdekking van materieele waarheid moeten kunnen leiden, al zijn daarvoor geen volstrekte waarborgen te geven. Zal de wetgever zich hebben voor te stellen, dat hij, door den rechter bindende regelen voor te schrijven, waarbij de bijzondere omstandigheden van de met zoo oneindige schakeeringen voorkomende bijzondere gevallen niet voldoende in het oog kunnen worden gehouden, dit doel beter bereikt dan door aan het oordeel van den rechter ruime vrijheid te laten in de toelating van dit of dat bewijsmiddel en de voor zijn bewijskracht te stellen eischen?

Terwijl onze wetgever op 't voorbeeld van den franschen het eerste meende, is de strooming der meeningen van den tegenwoordigen tijd in de andere richting.

Als regel mag wel beschouwd worden dat de wetgever alleen voorschriften geeft, welke de rechter in acht nemen moet om zijne overtuiging omtrent de waarheid van zekere feiten te mogen vestigen (negatieve theorie). Toch zijn er ook gevallen, waarin hij die waarheid aannemen moet (positieve theorie). Zoo wanneer de wetgever aan de authentieke akte volledige bewijskracht toekent,

art. 1907 B. W., of wil dat de gerechtelijke bekentenis volledig bewijs oplevert tegen hem die haar heeft afgelegd art. 1962 B. W. De aard der burgerlijke rechten, waarover de strijd wordt gevoerd, als ter beschikking staande van de bijzondere personen, oefent hierbij zijn invloed uit.

Niet altijd wordt van bewijs gesproken in den zin hierboven aangegeven. Evenmin als de beteekenis van probatio bij de Romeinen altijd dezelfde is. Bewijs wordt in den aangegeven zin gebruikt in art. 205 B. W.: »Kan op geene andere wijze worden bewezen dan door derzelver vermelding bij de huw.voorwaarden". De vermelding is de grond waarop de waarheid wordt aangenomen en het middel waardoor dat bewijs wordt geleverd, is het geschrift, hetwelk de huwelijksche voorwaarden bevat. Voorts in art. 317: »het bezit van staat wordt bewezen door daadzaken welke de betrekking aantoonen", hetwelk beteekent dat die daadzaken grond opleveren om het bestaan der betrekking aan te nemen. Bewezen door daadzaken is overigens niet nauwkeurig, evenmin als »door de vermelding" in art. 205, omdat daadzaken evenmin als die vermelding bewijsmiddelen zijn. In art. 302: »ten ware het bewijs der kwaal uit de bestreden handeling zelve voortvloeide" d. i. de handeling is op zoodanige wijze verricht dat zij grond oplevert waarop het werkelijk bestaan der kwaal moet worden aangenomen. Art. 1120: »de kantonrechter die tot bewijs van zijne tegenwoordigheid de akte mede onderteekent". De tegenwoordigheid wordt op grond van de onderteekening der akte aangenomen en die akte wordt daardoor het bewijsmiddel voor die tegenwoordigheid. Art. 1197: »pandovereenkomst wordt bewezen door alle middelen die voor het bewijs der hoofdovereenkomst zijn toegelaten". Art. 1475: »vrijwillige teruggave van een onderh. schuldbewijs bewijst de kwijtschelding". Art. 1757: »bewijs vorderen". In het wetb. v. Kooph. wordt in denzelfden zin gezegd in art. 68 K: »de aanteekeningen leveren bewijs op". Art. 170: van de betaling ter eere wordt het bewijs ingelascht in de akte van protest. Art. 395: »de voorwaarden der verbintenissen", lees: de bedingen der overeenkomst, »tusschen den schipper enz. worden bewezen door de monsterrol". Voorts art. 714. Maar er wordt ook van bewijs gesproken in den zin van bewijsvoering, wanneer men van het voorwerp van het bewijs spreekt en daarmede

doelt op datgeen waarvan het bewijs moet geleverd worden en wat dus het voorwerp van de bewijsvoering is. Evenzoo wordt met de uitdrukking: last van het bewijs gewezen op den last of de verplichting om het bewijs te leveren en dus ook datgeen te verrichten wat daartoe noodig is, alzoo op de bewijsvoering. Zoo in art. 321 B. W. »Het tegenbewijs kan bestaan in al zoodanige middelen als geschikt zijn" enz. voor: het tegenbewijs kan geleverd worden door al zoodanige middelen enz. Zie art. 376 W. v. 1830 fr. tekst en art. 325 C. C. »La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens". Art. 231 K. »het bewijs daarvan wordt toegelaten" voor: het leveren van het bewijs wordt toegelaten. Niet anders is het waar van aanbod van bewijs de rede is, want dan wordt aangeboden het vereischte bewijs te leveren. Voorts wordt bewijs wel gebezigd voor het resultaat van de bewijsvoering, de daardoor gewekte overtuiging des rechters: de rechter heeft het bewijs van de feiten. Ook wel van de bewijsmiddelen. Zoo onze wet in art. 1903: de bewijsmiddelen bestaan in schriftelijk bewijs voor: in geschriften; in het bewijs door getuigen, voor: in getuigen of getuigenissen. Zoo zegt omgekeerd het O. 1820 in het boven aangehaalde artikel 3313: »Geene der bewijsmiddelen heeft eene zoodanige kracht dat dezelve door geene tegenbewijzen zoude kunnen ontzenuwd worden". De tegenstelling van tegenbewijzen toont duidelijk genoeg aan dat hier van bewijsmiddelen in den zin van bewijs of bewijsgronden geen sprake is. Art. 295 K.: »bij gebreke of onvolledigheid der bewijsmiddelen kan de rechter den eed opleggen". In denzelfden zin, als in art. 1978 B. W. van »niet volledig bewezen" of »niet geheel van bewijs ontbloot is", wordt hier gesproken van onvolledigheid der middelen. Ook komt bewijs meermalen voor in de beteekenis van schriftelijk stuk uit welks inhoud het bewijs wordt afgeleid. Zoo in art. 126 6°. B. W. het bewijs moet worden overgelegd dat de huwelijksafkondigingen zonder stuiting zijn afgeloopen. Art. 523: »zonder dat in die vijf jaren bewijs is ingekomen"; zie ook art. 538. Voorts art. 1199 § 2 schriftelijk bewijs; art. 1475: »teruggave van een oorspronkelijk onderhandsch bewijs", art. 82 K.: »overlegging van de noodige bewijsstukken"; art. 357: »de brief van opdracht of bewijs van eigendom of wel een.... afschrift van dien". Art. 651:

»bewijs van den inkoop moet worden overgelegd. Art. 729: »cognossementen, facturen en andere bewijzen". Art. 766: »met overlegging van het bewijs".

In den regel zal het verband, waarin het woord bewijs voorkomt, de beteekenis daarvan voldoende bepalen. Toch is het van belang de begrippen wèl te onderscheiden en vooral niet te verwarren bewijsGRONDEN met bewijsMIDDELEN. De bewijsmiddelen leveren de gronden voor 's rechters overtuiging van de waarheid, en in die gronden ligt het bewijs in eigenlijken zin. Getuigenissen bijv. zijn een middel om bewijs te verschaffen; de gronden daarvoor zal de rechter vinden in de overeenstemmende verklaringen door de getuigen afgelegd.

Nog zij hier opgemerkt dat de wetgever voor: bewijzen, bewijs opleveren, dikwijls spreekt van: blijken, en blijk voor bewijsstuk bezigt. Zoo in art. 221 B. W. »moet door beschrijving blijken"; »bevoegd om door getuigen.... te doen blijken"; art. 246: »indien het vonnis niet is tenuitvoergelegd door de werkelijke verdeeling der goederen blijkens eene daarvan op te maken authentieke akte". Art. 475: »akte van geboorte of ander deugdelijk blijk.... moet worden overgelegd"; hier heeft blijk de beteekenis van bewijs i. q. bewijsstuk; zoo ook in art. 387 K. »tegen schriftelijk blijk". In art. 491 B. W. beteekent »daadzaken waaruit kan blijken", daadzaken die grond voor bewijs kunnen opleveren. Zoo ook art. 523 § 1, art. 542, art. 1306: »ten ware uit de verbintenis zelve of uit de omstandigheden mocht blijken". Als art. 558 K. zegt: »iemand kan doen blijken eigenaar geweest te zijn" had het even goed kunnen zeggen: »iemand kan bewijzen e. g. t. z."

Is het bewijs op zich zelf een onderwerp van materieel recht, dat de vragen beantwoordt: wat moet bewezen worden, wie moet bewijzen? de bewijsvoering, de regeling van de vormen voor de daartoe te verrichten handelingen, de wijze waarop het bewijs geleverd wordt, behoort op het gebied van het formeele recht tehuis. De bewijsmiddelen kan men van de materieele zijde beschouwen, waar de vraag te beantwoorden is, welke middelen de wet als zoodanig erkent, voorts welke de eischen zijn opdat daaruit gronden voor de waarheid mogen worden afgeleid en welke de bewijskracht der middelen is; van de for-

meele zijde, wanneer men het oog heeft op het aanwenden van de middelen in het proces. Toch verlieze men ook hier de betrekkelijke beteekenis van de uitdrukkingen: materieel en formeel niet uit het oog. Want ook waar men de bewijsmiddelen van de materieele zijde beschouwt, stuit men bij de vraag, aan welke vereischten het bewijsmiddel moet beantwoorden, opdat daaraan bewijsgronden ontleend kunnen worden, op voorschriften van vorm; zoo behoeft men bij het bewijs door geschriften slechts de bepaling van art. 1905 op te slaan om zich daarvan te overtuigen. Toch brengen wij deze voorschriften tot de materieele zijde van het bewijs omdat zij het middel zelf betreffen, niet de wijze waarop er in rechte gebruik van gemaakt wordt.

De partijen hebben in het proces het bewijs te leveren van feiten; niet van het bestaan van rechtsregelen. Voorwerp van bewijs.

Die feiten zijn meer bepaald rechtsfeiten. In elk bijzonder geding komen alleen de zoodanige in aanmerking, waarvan de beslissing die de rechter te geven heeft afhankelijk kan zijn, die niet onbetwistbaar zijn en waarop partijen zich beroepen.

Al stelt art. 1902 B. W. het bewijs van een recht op den voorgrond, het kan niet anders bedoelen dan dat alleen feiten te bewijzen zijn, waarvan het in de tweede plaats spreekt.

Wanneer de wetgever zegt dat het bestaan van een beweerd recht moet bewezen worden, dan denkt hij daarbij aan het geding zooals het zich voordoet, waarin tusschen partijen niet in de eerste plaats over feiten, maar over rechten gestreden wordt; het al of niet bestaan van rechten is 't voorwerp van hun beweren, daarover verlangen zij 's rechters beslissing. Maar om die beslissing mogelijk te maken moet het recht waarover de strijd loopt voor den rechter waarneembaar zijn, dit is het alleen door de feiten waarin het zich openbaart en van welke ieder subjectief recht afhankelijk is. Staan de feiten vast, waaraan het objectieve recht (de wet) het bestaan van een subjectief (aan iemand toekomend) recht verbindt, dan is ook 't bestaan van dit recht bewezen. Hij die zoodanige feiten bewijst, bewijst dus het bestaan van het hem toekomend recht en alleen omdat het beweren uit den aard der zaak een recht betreft, en men, om met goed gevolg te beweren een recht te

hebben, dit beweren bewijzen moet, welk bewijs wederom het gevolg is van het vaststaan, m. a. w. van het bewezen zijn, van feiten, zoo kan men zeggen, dat wie die feiten bewezen heeft, het bestaan van het beweerde recht heeft bewezen.

Art. 1902 stelt ook inderdaad slechts schijnbaar het beweren en bewijzen van een recht, naast of tegenover het beweren en bewijzen van de feiten waarop dat recht steunt. Door de samenvoeging van wat bewezen moet worden en wie bewijzen moet, is de bepaling in praegnanten stijl gesteld en vat in het kort samen wat dus kan worden omschreven: Een iegelijk die beweert eenig recht te hebben, hetzij hij dit doet aanvallender wijze door als eischer in een geding op te treden, hetzij verdedigender wijze door zich op een des eischers beweerd recht vernietigend recht te beroepen, moet het bestaan van dat recht bewijzen en, terwijl het bestaan van een recht van het bestaan van feiten afhankelijk is, heeft hij te bewijzen de feiten, waaraan het objectieve recht, zijn beweerd recht als gevolg verbindt. Maar ook hij die zich tot tegenspraak van eens anders recht op eenig feit beroept, waaruit voor hem wel niet een recht, maar het niet bestaan van het door dien ander beweerde recht of de onwaarheid der door hem bewezen feiten voortvloeit, moet van dat feit het bewijs leveren.

Altijd zijn dus feiten het voorwerp van bewijs maar die feiten kunnen den grondslag van een recht uitmaken en dan wordt door het bewijs der feiten het bestaan van het recht bewezen. Maakt niet een recht, maar maken alleen feiten den grondslag der verdediging uit en zijn zij daarom door den verweerder te bewijzen, dan zal het bewijs daarvan den grondslag van des eischers rechtsvordering te niet doen maar met het bewijs dier feiten zal nooit het bestaan van een recht zijn bewezen. Ook vergete men niet, dat meerendeels rechtsfeiten te bewijzen zijn en dat hieruit gereedelijk aanleiding ontstaat om het recht zelf, in plaats van de feiten waaraan de wetgever het recht als gevolg verbindt, als voorwerp van bewijs aan te duiden. Zoo zal niemand zich er aan stooten, wanneer de wetgever in art. 627 B. W. zegt, dat hij die beweert eenig recht op eens anders zaak te hebben, dat *recht*, moet *bewijzen* voor: het bestaan van dat recht, of wanneer hij in art. 1757 bepaalt dat de bewaarnemer van den bewaargever geen bewijs kan vorderen *dat deze eigenaar* van de zaak is, of dat art. 357 K. van *bewijs van eigendom spreekt*, of art. 558

verlangt dat iemand doe blijken, d. i., bewijze, eigenaar geweest te zijn. Zoo kan ik in art. 1902 niets afkeurenswaard vinden, mits men er maar niet met Prof. NABER in Rechtsg. Magazijn IX (1890) bl. 7, uit afleide dat de wet rechtstreeksch bewijs niet alleen van feiten maar ook van rechten toelaat. Het ware toelaten van iets wat onmogelijk is.

Feiten geen rechtsregelen zijn het voorwerp van bewijs. Drieledig zijn de eischen den rechter gesteld bij het onderzoek dat hem tot de van hem gevraagde beslissing brengen zal. Verg. Dl. I, § 18 bl. 141. Kennis van het (objectieve) recht; kennis van de feiten; toepassing van dat recht op de feiten. De laatstgenoemde werkzaamheid is geen openbare; aan vormen of formaliteiten is zij dan ook niet onderworpen; haar resultaat wordt in het aan bepaalde vormen gebonden vonnis op schrift gesteld. Van den rechter wordt de uitspraak gevraagd van hetgeen in een bepaald geval recht is tusschen de partijen. Hij vindt dit door den algemeenen rechtsregel op dat geval toe te passen. Als de partijen hem het geval mededeelen en de feiten zijn vastgesteld, dan heeft hij den daarop toepasselijken rechtsregel te zoeken. »Da mihi factum, dabo tibi jus". Al staven de partijen hunne beweringen door een beroep op een algemeenen rechtsregel, zij behoeven daarbij zelfs niet naar bepaalde artikelen van de wet te verwijzen. (*) Iets anders is het, wanneer zij in een vreemde wet of in gewoonterecht hun recht gegrond vinden. Werd daarvan door hen geen nadere aanwijzing gedaan, de rechter zou daarop niet altijd behoeven te letten. Toch zou hij 't wel mogen doen en, als hij een vreemd recht bijv. toepasselijk achtte, zijne roeping te beter vervullen wanneer hij uit zich zelven daarnaar onderzoek deed. Zoo is de rechter ook niet aan de door de partijen ingeroepen rechtsregelen gebonden, »Curia ius novit", en de rechter, verplicht om volgens de wet recht te spreken, moet zich de kennis van die wet weten te verschaffen. Van die wet, en in 't algemeen van het recht, is hij het zelfstandig orgaan. Zoo worden van zelf de rechtsregelen van het bewijs uitgesloten. Het bestaan van eene wet moge een feit zijn, omdat het van de afkondiging in behoorlijken vorm afhankelijk

---

(*) Anders in het cassatieproces, wat uit den aard der zaak volgt omdat het middel eene beweerde wetschennis tot grondslag heeft. Art. 406 B. R. eischt uitdrukkelijk de vermelding der tot de beweerde wetschennis betrekkelijke wetsbepalingen.

is, dat is geen feit waarvan een subjectief recht afhankelijk is gesteld, met hoedanige feiten wij in het proces te doen hebben. Ook kan het wel voorkomen dat de rechter van partijen verlangt of deze zelve aanbieden het bestaan van een vreemd recht of van een gewoonterecht te bewijzen. Doch ook de feiten waarvan dan bewijs is te leveren zijn weer geen feiten waarvan een subjectief recht afhankelijk is en het daarvan te leveren bewijs is aan de regelen der processueele bewijsvoering niet onderworpen.

Zoo is in den regel ook die werkzaamheid des rechters, welke in het opsporen van den rechtsregel bestaat, geen processueele naar buiten tredende; dit laatste niet anders dan door haar resultaat in het vonnis, waarin de rechter van die werkzaamheid rekenschap geeft. In een arrest van 26 Maart 1885 W. n°. 5152 overwoog de Hooge Raad »dat art. 1902 alleen ziet op het geval dat iemand zich op eenig feit tot staving van zijn recht of tegenspraak van eens anders recht beroept, en niet te pas komt wanneer er sprake is van een aan het gewoonterecht ontleenden regel, welken de rechter onafhankelijk van eenige bewijsvoering door partijen moet toepassen, even goed als hij zulks ten aanzien van eenigen regel van geschreven recht zou moeten doen." Zoo is het. Zie ook arr. H. R. 27 Maart 1885 W. n°. 5157, 30 November 1888 W. n°. 5652. Verg. § 265 Civil-prozesordnung. Anders denkt hierover DIEPHUIS II bl. 295. Verg. LAND III, 2 bl. 359 nt. 2.

Als voorwerp van bewijs blijven alzoo de feiten, waarvan het bestaan van een beweerd subjectief recht door een algemeenen rechtsregel is afhankelijk gesteld. De vereenzelving van een subjectief recht met een feit, zooals die in art. 1902 wordt aangetroffen, bevestigt deze stelling. Daaruit volgt evenwel ook dat niet alle feiten het voorwerp van bewijs zijn maar alleen de zoodanige waarvan het bestaan van een recht middellijk of onmiddellijk afhankelijk is. Rechtsfeiten zijn alzoo het voorwerp van bewijs.

Feiten die onbetwistbaar zijn maken geen voorwerp van bewijs in het geding uit. Niet omdat zij niet bewezen kunnen worden, maar omdat zij geen bewijs behoeven, noch voor de partijen tegenover elkander noch voor den rechter. Want onbetwistbaarheid vooronderstelt algemeene bekendheid. Zulke onbetwistbare feiten te ontkennen kan niet zonder chicane, »non sine

tergiversatione", zooals het canoniek recht het plastisch uitdrukt, geschieden; de bewijsvoering zou in zoodanig geval niets aan het licht brengen wat niet reeds voor hem dien het duidelijk te maken was, openlag en dus alleen tot kosten en verwikkeling van het geding aanleiding geven. Wie bewijs verlangt van iets wat ieder ander ziet doch wat hij niet ziet omdat hij het niet wil zien, daaraan den rug toekeert, wordt niet gehoord.

Even onnut als het is bewijs te leveren van feiten wier bestaan of niet bestaan geen invloed op de beslissing kan uitoefenen, even onnut is het bewijs te leveren van hetgeen om zijne algemeene bekendheid geen bewijs behoeft. Ook bij ons geldt in het algemeen, zonder uitdrukkelijke bepaling, wat de Civilprozessordnung in § 264 bepaalt: »Thatsachen welche bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises." De opneming van dergelijke bepaling in de wet, die ook in het Ontwerp van den noordduitschen Bond voorkwam, geschiedde op het voorbeeld van vroegere duitsche wetten, als Codex jur. Bavar. iudiciarii a. 1753 cap. 12 § 5; Procesordnung in Bürg. Rechtsstreit. für das Grossh. Baden (1832) tit. 20 § 400; Allg. Gerichtsordnung f. d. Preuss. Staaten I. 10 § 56. Zij sloot zich aan bij hetgeen het Canonieke recht bepaalde o. a. C. 3 X de test. cog. vel. non. 2,21: »Si factum est notorium, non eget testium depositionibus declarari, cum talia probationem ... non requirant" en in andere plaatsen. Die leer heeft evenwel niet door het gezag van het Canonieke recht ingang gevonden, maar doordien zij zoo zeer ligt in den aard der zaak, dat zij als van zelf spreekt en dan ook noch het gezag van het Canonieke recht, noch zelfs eene uitdrukkelijke wetsbepaling behoeft. De onderscheiding, welke de duitsche processualisten maken tusschen »Menschenkundigkeit", »Geschichtskundigkeit" en »Ortskundigkeit", om deze laatste van de algemeene bekendheid uit te sluiten, is m. i. niet gegrond. Zoo spreekt Wetzell, § 20 bl. 186 van »Vorgänge des weltgeschichtlichen und Naturlebens, deren Kenntniss ein Gemeingut aller verständigen Menschen ist"; maar, indien er, ook in beperkter kring feiten van dien aard zijn, dat zij den rechter als tot dien kring behoorende van zelf en niet toevallig bekend zijn, dan geldt zeker daarvoor gelijke ratio om, wegens die algemeene bekendheid, bewijs overbodig te maken. Het moet ten slotte aan den rechter verblijven om te bepalen wat in ieder bijzonder geval als »algemeen bekend" te beschouwen is. Het leerstuk van het »notorium" dat door de cano-

nisten op de bepalingen van het canonieke recht is gebouwd en dat zijn grond vindt in de reeds door de glossatoren gemaakte onderscheiding tusschen »notorium juris, facti en praesumtionis, is voortdurend zijn invloed blijven uitoefenen. Verg. WETZELL bl. 179—186 en daarmede staat nog in verband de leer door de commentatoren der Civilprozessordnung verkondigd, dat § 264 de »Notorietät (Offenkundigkeit)" als »Gerichtskundigkeit" opvat en dat daaronder niet alleen »Menschenkundigkeit" en »Geschichtskundigkeit" is begrepen, maar ook het notorium juris, de »Gerichtskundigkeit" in meer bepaalden zin, waarop STRUCKMANN en KOCH in hunne aant. op § 264, wijzen met deze woorden: »Zu den offenkundigen Thatsachen gehören beispielsweise die gerichtlichen Vorgänge, ferner solche von denen dem Gerichte offiziëlle Kenntniss durch die Staatsbehörden gegeben wird, weltgeschichtlichen Ereignissen etc. en dat door FARINACIUS (gecit. bij DZIATZKO p. 26) gedefinieerd wordt als »quod ex actis resultat, quia acta faciunt rem notoriam," terwijl dezelfde commentatoren dan ten slotte nog melding maken, zij het met verwijzing naar andere plaatsen der Prozessordnung, van de praesumtiones iuris et de iure en de praesumtiones iuris. Met die onderscheidingen behoeven wij ons niet in te laten, te minder omdat, gelijk terecht wordt opgemerkt in de met groote zelfstandigheid bewerkte diss. inaug. iur.: »doctrina iuris canonici de notorio eiusque in communi processu civili auctoritas" van CORN. DZIATZKO, Vratislaviae 1872, p. 35, ten aanzien van dat notorium iuris, waarvan FARINACIUS reeds zeide »quod est improprie notorium": »factum in illo iudici certum non fit per notorietatem quae est qualitas facti, sed per acta iudicialia seu protocolla, quae sunt publica documenta. In hoc ergo casu ipsa acta, quae iudex adiungere atque inspicere solet, reddunt probationem, ita ut ista notorietas, quam dicunt iudicialem, obtineat naturam probationis per instrumenta, quae quidem plerumque breviter expeditissimeque fieri poterit." Dat die feiten, welke alzoo algemeen bekend en daardoor onbetwistbaar zijn, niet bewezen behoeven te worden sluit evenwel niet uit dat partijen zich daarop beroepen; maar dat hij die zich er op beroept de algemeene bekendheid zelve zou hebben te bewijzen is even onjuist als dat bewijs te leveren van een bestaand gewoonterecht zou rusten op hem die er zich op beroept.

Bij het stilzwijgen onzer wet hebben wij ons ook niet te verdiepen in de theoretische vraag, of die algemeene bekendheid bewijsmiddel

of bewijsgrond zou zijn. Met het oog op onze wet is het noch het een noch het andere, omdat de algemeene bekendheid van feiten het bewijs daarvan uitsluit. Leerde de theorie ons die algemeene bekendheid als een bewijsmiddel te moeten beschouwen, dan zouden wij door eene abstracte en daarom verwerpelijke logica er toe moeten komen om te zeggen, dat de algemeene bekendheid, niet onder de bewijsmiddelen opgenomen zijnde, als zoodanig niet mag worden erkend en zouden we dan moeten besluiten dat onze wetgever ook onbetwistbare feiten in het burgerlijk geding bewezen zou willen hebben. Het juridische geweten alleen zou zich dan weten te vreden te stellen met het »lex dura sed ita scripta", en de wet kreeg de schuld van het rechtsgeleerd bijgeloof, dat zich voldaan toont, en zich tegelijk op zijne wijsheid boven die van den wetgever verheft, met een »credo quia absurdum".

Hoe zullen wij evenwel met dit alles goed maken het artikel van het Burg. Wetboek, waarin de algemeene bekendheid met zoovele woorden als bewijsmiddel wordt aangegeven? Wordt toch niet in art. 221 aan de vrouw of aan haar erfgenamen de bevoegdheid toegekend om van het bestaan en de waarde der staande huwelijk aan de vrouw opgekomen roerende goederen, bij gebreke van bescheiden te doen blijken door getuigen, en des noods door de algemeene bekendheid? Doch hoe is het mogelijk, dat die algemeene bekendheid hier wordt voorgesteld als een min vertrouwbaar bewijsmiddel dan dat door getuigen, waarop dat »des noods" zoo duidelijk wijst? Wat algemeen bekend is, zagen wij straks, is voor ieder zoo duidelijk dat het geen bewijs behoeft! En hoe zou met mogelijkheid de algemeene bekendheid, waarover wij spraken, toepasselijk kunnen zijn op eene familie-aangelegenheid als waarmede wij hier te doen hebben? Het ware is, dat hier van »algemeene bekendheid" gesproken wordt in den zin van het fransche: »commune renommée" gelijk uit art. 1504 C. C. en art. 292 W. 1830, fransche en hollandsche tekst, blijkt. Dit is wat bij de leer van het notorium, de notoriété publique, waarmede wij de door ons besproken algemeene bekendheid in het fransch zouden teruggeven, als het openbaar gerucht wordt aangeduid en waarbij dan wel van »Gerichtskundigkeit" gesproken wordt, juist om het van de algemeene bekendheid deugdelijk te onderscheiden en er geenerlei bewijskracht aan toe te kennen. Zoo wees DURANTIS, geciteerd bij DZIATSKO, t. a. p. bl. 38 n^t. 11, op die »rumor seu fama" als zijnde »particularis assertio vici-

niaeque acclamatio ex incerto auctore et sola suspicione proveniens". Dat nu daaraan, bij hooge uitzondering, en in het buiten eigen schuld verwaarloosd belang der vrouw, des noods bewijskracht wordt toegekend, laat zich verklaren. Maar dan wordt ook daarmede de reeks van bewijsmiddelen in art. 1903 opgenoemd al weder uitgebreid, al zal het in den vorm van een getuigenverhoor geleverd worden. En het gevolg zal ook zijn, dat hetgeen hier bewezen moet worden, niet als bij de eigenlijke algemeene bekendheid, eenvoudig als vaststaande kan worden aangenomen, maar dat het bestaan van het openbaar gerucht, het »on-dit" met betrekking tot de opkomst der goederen moet worden aangetoond. Zeker een weinig betrouwbaar bewijsmiddel (Verg. BAUDRY DE LA CANTINERIE, Précis de droit civil III n°. 167), ofschoon hier terecht toegelaten, maar daarom niet zonder uitdrukkelijke wetsbepaling toe te passen en niet uit te breiden tot het geval van ontstentenis van beschrijving bij vruchtgebruik, wat BAUDRY DE LA CANTINERIE l. c. I n°. 1361, als de algemeen in Frankrijk aangenomen meening voorstelt. — Het komt mij voor dat DIEPHUIS bl. 298 v. niet behoorlijk onderscheid maakt tusschen algemeene bekendheid en algemeen gerucht en daardoor tot een onjuiste gevolgtrekking komt.

Moeten de feiten betwist zijn om in een bepaald geding voorwerp van bewijs te kunnen uitmaken? Zij die daarop bevestigend antwoorden geven deze reden op dat bewijs vervalt, overbodig is, waar de beweringen van de eene partij door de andere in rechte worden erkend. Met opzicht tot in rechte erkende en dientengevolge niet betwiste feiten komt, zoo heet het, geen bewijs te pas. Intusschen kan dit naar onze wetgeving niet worden aangenomen waar de bekentenis, bepaaldelijk die in rechte afgelegd, onder de bewijsmiddelen wordt vermeld en behandeld. Naar onze wet ligt in het erkennen van beweringen der tegenpartij, en ook in het voor erkend houden dier beweringen, het bewijs daarvan, zoodat men alleen kan zeggen, dat wat erkend of voor erkend gehouden wordt en daardoor bewezen is, daarom niet meer door andere bewijsmiddelen behoeft bewezen te worden en onder deze bewijsmiddelen zijn er welker aanwending van het betwist zijn der feiten afhankelijk is. Artt. 103, 199, 203, B. R.; artt. 1959, 1966 B. W. Zijn de feiten erkend en dien ten gevolge bewezen, dan komt wel geen bewijsvoering te pas,

maar als de rechter, op grond van eene bekentenis of op grond van het door de wet voor erkend houden, de waarheid van een feit aanneemt, neemt hij dan eo ipso niet aan dat het aldus erkende feit bewezen is? En kan zelfs bij de bekentenis de bewijsvoering niet in toepassing komen, in zoover als door middel van een verhoor op vraagpunten eene bekentenis kan worden uitgelokt? daargelaten nog de gevallen waarin eene bekentenis niet baat omdat zij als bewijsmiddel is uitgesloten of, zooals art. 1967 § 1 het uitdrukt, niet zoude kunnen worden in aanmerking genomen.

Feiten die in het algemeen een voorwerp van bewijs kunnen opleveren zijn in een bepaald geding daarvan uitgesloten, wanneer hunne waarheid of onwaarheid voor de beslissing van het geding onverschillig is. Waartoe zal het strekken dat van zoodanige feiten bewijs geleverd worde? Waartoe anders dan tot vertraging of verwikkeling van het proces? Verplichting om het bewijs van zoodanige feiten te leveren kan alzoo niet aangenomen worden en met het aanbod van zoodanig bewijs zou men worden afgewezen, waar de toelating tot bewijsvoering van den rechter afhankelijk is; terwijl wanneer het buiten den rechter om voorgebracht werd, op dat bewijs niet gelet zou worden. De wet bepaalt uitdrukkelijk in art. 203 dat het getuigenbewijs bij vonnis bevolen wordt indien de daadzaken die ontkend worden ter zake dienende en afdoende zijn. Zie ook art. 237. Het blijft hier bij den regel: »frustra probatur quod probatum non relevat".

Eindelijk zijn in een bepaald geding alleen die feiten te bewijzen waarop partijen zich beroepen. Beroept eene partij zich niet op die feiten waaruit haar recht kan worden afgeleid, dan zal het bestaan van dat recht niet aangenomen kunnen worden: niet bij gebrek van bewijs, maar omdat aan het bestaan van het beweerde recht de feitelijke grondslag ontbreekt. Daardoor vervalt voor de tegenpartij het belang om bewijs van niet geallegeerde feiten te verlangen, en kan daartoe voor hem die ze had moeten aanvoeren geen verplichting bestaan, terwijl de rechter het bewijs daarvan niet verlangen kan omdat hij in zijn oordeel beperkt is tot datgeen wat partijen daaraan onderwerpen en hij buiten dat niets behoeft te weten, dan wat ieder bekend is: »Quod non est in actis (de feiten die niet in het geding zijn gebracht) non est in mundo", plachten de oude processualisten te zeggen.

Aanm. Niet altijd vordert de wetgever volkomen bewijs van een

feit welks bestaan tot eene rechterlijke beschikking vereischt wordt. Bij voorloopige beschikkingen is het dikwijls voldoende dat een feit voor den rechter aannemelijk worde gemaakt. Zie artt. 305, 310, 727, 732 B. R. waar de wetgever de uitdrukking bezigt van »summierlijk blijken".

Wie moet bewijzen? Omvang van bewijslast.

De bewijslast rust op hem die een recht beweert te hebben. Want die bewering is voor den rechter niet aannemelijk, indien hare waarheid niet blijkt, en terwijl het beweerde recht afhankelijk is van het bestaan van feiten, zoo moet door hem die een recht beweert te hebben, het bewijs worden geleverd van die feiten.

Maar ook hij die eens anders recht tegenspreekt en zich daartoe op feiten beroept welke aan het bestaan van dat recht in den weg staan moet de gegrondheid van zijne tegenspraak door het bewijs van die feiten staven. Art. 1902 B. W.

De omstandigheid dat de rechter de feiten waarvoor geen bewijs wordt geleverd als niet bestaande aanneemt, waarvan 't gevolg is dat ook het bestaan van het beweerde recht door hem niet kan worden aangenomen, terwijl het een magere troost is voor hem die beweert een recht te hebben te hooren: het is mogelijk dat gij gelijk hebt, maar ik mag het u niet geven; »non deficit jus sed probatio"; de omstandigheid dat bij het verrichten van rechtshandelingen de mogelijkheid van een toekomstig geschil licht wordt uit het oog verloren en dat niet altijd een aangewend bewijsmiddel voldoende bewijsgronden oplevert — dat alles maakt dat de vraag: op wien de bewijslast rust, van uitnemend praktisch gewicht is. Getuige, hoe ieder waar hij te strijden heeft, zich gaarne plaatst in zoodanige positie, dat hij, van den bewijslast bevrijd, dezen op de tegenpartij overbrengt.

De theorie is in het stellen der regelen die den bewijslast moeten beheerschen niet altijd gelukkig geweest; een goed beginsel werd soms in een regel in toepassing gebracht die als adagium te verdedigen, door zijne bewoordingen tot onoordeelkundige toepassing meer dan noodig aanleiding gaf; maar ook waar dit niet plaats had, bleef menige moeilijkheid bestaan, menig twistpunt onopgelost.

Onze wetgever heeft zich van twee dergelijke regels losgemaakt doch den juisten zin daarvan, in juiste bewoordingen teruggegeven.

Daarbij heeft hij zich evenwel bepaald. In het eerste Ontwerp van een burgerlijk wetb. voor den duitschen Bond is aan de regeling van den bewijslast eenige meerdere ontwikkeling gegeven, waarbij vooral de regeling van den bewijslast met opzicht tot voorwaardelijke of met tijdsbepaling aangegane verbintenissen opmerking verdient. In de »Motive zu dem Entwürfe eines bürgerlichen Gesetzbuch f. d. deutschen Reich", wordt op bl. 382 van Dl. I, het volgende, bij wijze van inleiding, over de bepalingen omtrent het bewijs (den bewijslast) opgemerkt: »Die C. P. O. hat mit der Beweislast sich nicht befasst vielmehr deren Regelung dem materiellen Rechte überwiesen. Gegenüber dem naheliegenden Einwande, dass die in den §§ 193—197 aufgestellten Regeln Fragen entscheiden, deren Beantwortung der Rechtswissenschaft hätte überlassen werden können, darf darauf hingewiesen werden, dass die Aufstellung allgemeiner Grundsätze der einheitlichen Rechtsprechung und der Rechtssicherheit sich dienlich erweisen wird. Neben den allgemeinen Regeln finden sich in dem Entwurfe an verschiedenen Stellen Einzelvorschriften über die Beweislast. Im Uebrigen ist bei der Fassung der Vorschriften des Entwürfes im Allgemeinen das Bestreben darauf gerichtet gewesen, hinsichtlich der einzelnen rechtserzeugenden Thatbestände den Umfang der Anführungspflicht und mittelbar damit auch der Beweispflicht thunlichst erkennbar zu machen". GIERKE zegt er van in SCHMÖLLER's Jahrbuch XII, 4 bl. 194: »Es ist zu besorgen dass diese Gesetzesregeln die Praxis mehr beëngen als zu einem glücklichen Ziele leiten würden". In denzelfden geest HÖLDER Archiv. f. d. Civ. prax. Bd. 73, 153—157; L. GOLDTSCHMIDT kritische Erörterungen. Leipzig 1889 bl. 82—84. KLÖPPEL in: Gutachten aus dem Anwaltstande bl. 836 en vooral FISCHER in: BEKKER und FISCHER Beiträge 1888 en 1889 bl. 18—28 waarnaar door GIERKE verwezen wordt in de afzonderlijke uitgave zijner in SCHMÖLLER's Jahrbuch geleverde kritiek, bl. 181.

Om nu tot de bepaling van onze wet terug te keeren, zoo verdient opmerking dat NICOLAÏ de beteekenis van art. 1902 teruggaf, alsof hij art. 1315 C. C. paraphraseerde. Die bepaling was voor onze wet te beperkt en als LE HON, een ander belgisch afgevaardigde, om die reden aan 't nieuwe artikel de voorkeur gaf, had hij volkomen gelijk, doch was in de nadere ontwikkeling niet gelukkig, toen hij zeide: »Le projet de loi paraît plus fidèlement reproduire ces deux maximes des lois Romaines: actori incumbit onus pro-

bandi, et reus excipiendo fit actor. NOORDZIEK Burg. Wetb. 1824—25, Dl. I bl. 117, 144. Want die beide regels heeft de wetgever juist niet opgenomen.

Zeker rust de bewijslast op den eischer (actori incumbit probatio) niet evenwel omdat hij eischer is, maar omdat hij het bestaan van feiten beweert; al gaan deze beweringen in den regel van hem uit, wijl hij in een bestaanden toestand verandering brengen wil en daartoe wel in de eerste plaats iets te beweren heeft. Allerminst is het echter uitsluitend de eischer die iets beweert en ook de verweerder niet alleen wanneer hij een exceptie mocht voordragen. Zeker gaat in dat geval van den verweerder eene bewering uit en moet ook hij de feiten waarop die steunt bewijzen, maar niet altijd is dit het geval (denk aan de disqualificatoire exceptie) en ook buiten het geval dat de verweerder eene exceptie voordraagt, kan hij zich op feiten beroepen die hij te bewijzen heeft! Men doet dus verkeerd en geeft tot misverstand aanleiding wanneer men den bewijslast des verweerders in het »reus excipiendo fit actor" teruggeeft. Daardoor wordt niet alleen aan de dwaling, als drukte de bewijslast op den eischer omdat hij eischer is, nieuw voedsel gegeven maar ook de bewijslast des gedaagde veel te beperkt uitgedrukt. Want, als de verweerder eene exceptie voordraagt (daargelaten nog de onvaste beteekenis van de uitdrukking exceptie) rust op hem het bewijs niet omdat hij zich dan als actor aanstelt, maar omdat hij voor zijne tegenspraak zich op feiten beroept en dit doet hij niet altijd en niet alleen dan wanneer hij eene exceptie voorstelt. Verg. MARCADÉ op art. 1315 C.C.

Onze wetgever geeft dan in art. 1902 eene juiste gedachte in juiste bewoordingen terug. Waar eene bewering op het bestaan van feiten is gegrond en dat beweren niet zonder bewijs mag noch kan worden aangenomen door den rechter van wien men eene beslissing verlangt, daar moet het bewijs van de feiten geleverd worden door hem die beweert dat zij hebben plaats gehad. Hij die eenvoudig de aangevoerde feiten ontkent, zal niets te bewijzen hebben dewijl de gegrondheid of de ongegrondheid van zijne ontkentenis zal voortvloeien daaruit of de ontkende feiten al of niet werden bewezen. Beroept hij zich bij zijne ontkentenis evenwel op feiten, die met de voor de bewering aangevoerde in tegenspraak zijn, dan zal hij tegenover het bewijs van hem die beweert, het bewijs dier feiten hebben te leveren, omdat, zoolang hij dit niet doet, de waarheid van de aangevoerde

en bewezen feiten aangenomen wordt. Hij levert tegenbewijs of bewijs van het tegendeel, dat, gelijk wij zagen, overal openstaat waar het niet is uitgesloten omdat het uit het karakter van de (betrekkelijke of formeele) waarheid, die men door het bewijs verkrijgt, openstaan moet. De verweerder beroept zich op feiten tot tegenspraak van een beweerd recht. Maar a fortiori zal op hem de bewijslast drukken indien hij, niet met beroep op andere feiten de feiten tegenspreekt, waarop des eischers beweren steunt, maar feiten aanvoert waarop eene gequalificeerde ontkentenis of een zelfstandig recht des verweerders gegrond is. Hij beweert dat des eischers recht niet ontstaan of opgeheven zou zijn of krachteloos is geworden. Zie Dl. I § 35.

Onze wetgever drukte zijne gedachte juister uit dan de ontwerper van 1820 in art. 3307 en 3308. (De fransche wetgever geeft in 't geheel geene bepaling). Wanneer men met den ontwerper zegt: »Die voor den rechter iets stelligs beweert moet zijn vermeten bewijzen; die iets ontkent behoeft niets te bewijzen ten zij de ontkentenis op eenige daadzaken of omstandigheden berust, welker waarheid hij stellig beweert", dan zijn daarin niet alleen de zin maar ook de bewoordingen teruggegeven van de regels: »ei qui dicit non qui negat, affirmanti non neganti, incumbit probatio." Al is aan het non neganti in art. 3308 eene wenschelijke beperking toegevoegd in het, »ten zij de ontkentenis" enz., zoo is toch het begrip van ontkentenis te beperkt en moet er noodzakelijk van »tegenspraak" gesproken worden. Maar vooral doet de uitdrukking »iets stelligs beweert" te zeer denken aan dien anderen regel: »negativa non sunt probanda" om aan de bepalingen van het ontwerp goedkeuring te schenken. Want is het »negantis nulla probatio" betrekkelijk waar, de omzetting daarvan in: »negativa non sunt probanda" is eene verdraaiing van den zin en geheel valsch. Dat deze laatste regel ten onrechte uit l. 23 C. de probb. IV. 18, l. 10 C. de non num. pec. IV. 30, l. 2 D de probb. XXII. 3 werd afgeleid is duidelijk aangetoond o. a. door WEBER Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess. ed. HEFFTER p. 112 en door HEFFTER zelven ald. 202 vv. Maar ook de bewering dat hij uit den aard der zaak zou voortvloeien als ware het onmogelijk om het bewijs van een negatief feit te leveren, is valsch. Verg. Dl. I bl. 304.

Een negatief feit is ook daarom voor bewijs vatbaar, dewijl het zich meerendeels in positieve feiten oplost. Zie de in Dl, I. bl. 304, aangevoerde voorbeelden. Duidelijk komt dit ook uit in die bepa-

lingen, waarin de wetgever zelf het bewijs van een negatief feit oplegt. Zoo moet volgens art. 214 B. W. bewezen worden dat onroerende goederen en effecten staande huwelijk aangekocht niet tot winst behooren: immers zij worden daarvoor gehouden tenzij het tegendeel blijke. Art. 308 spreekt van het bewijs dat hij de vader niet is. Bewijslast wordt in art. 681 gelegd op hem die beweert dat zekere muur door de wet als gemeen (mandeelig) aangewezen niet gemeen is. Zie ook art. 706, 710. Tegenover de bepaling van art. 1430 zal de eischer te bewijzen hebben dat vroegere termijnen niet werden betaald. Uit art. 1599 vloeit voort dat de huurder zal moeten bewijzen dat het niet in goeden staat is geweest. Zie ook art. 1600, 1687. De niet voortdurendheid van bezit moet, volgens art. 1994, door hem die dit beweert bewezen worden. Zoo wordt dan terecht door onzen wetgever geen onderscheid gemaakt, maar blijft hij bij de bepaling, dat hij die feiten beweert hetzij tot staving van zijn recht hetzij tot tegenspraak van een anders recht, het bestaan van die feiten moet bewijzen, die feiten mogen dan positieve of negatieve feiten zijn. Hoe dat beroep op »negantis nulla probatio" en »negativa non sunt probanda" alle bewijs onmogelijk zou kunnen maken, toonde ik bij de behandeling van de zekerheidsstelling aan, Dl. III bl. 113. Daaruit moge tevens blijken dat, tot een redelijke verdeeling van den bewijslast en tot voorkoming van de verwikkeling, dat het leveren van bewijs onmogelijk zou worden, doordien bewijs verlangd wordt van wat onmogelijk te bewijzen is, op den bijzonderen inhoud van de gevoerde bewering moet gelet worden, in hoeverre deze nl. al of niet als gestaafd kan worden beschouwd tot dat het tegendeel is bewezen. De bepaling, die in 't algemeen aan hem, die het bestaan van feiten beweert, den last oplegt om die te bewijzen, berust toch niet alleen daarop dat de beweerde feiten met een bestaanden feitelijken toestand in strijd zijn, maar ook dat de bewijslast binnen redelijke grenzen moet worden beperkt, en zooals UNGER het uitdrukt: »Es erscheint als eine Forderung der natürlichen Billigkeit, in dem Kampf der streitenden Parteien Sonne und Wind gleich zu vertheilen und nicht alle Last dem sein Recht suchenden Theil aufzubürden". Bij een arr. van 21 Juni 1872 W. n°. 3477 overwoog de H. Raad terecht, dat hij die de zg. exceptio plurium litis consortium had voorgesteld zich niet van den bewijslast kon ontslaan omdat zijn verdedigingsmiddel eigenlijk niet eene exceptie zou zijn, daar hij zich dan

toch op het feit beriep dat meer gedaagden in de betwiste rechtsbetrekking betrokken waren en dus hadden moeten gedagvaard worden, zoodat de bewijslast voor hem uit art. 1902 volgde, maar de H. Raad overwoog bovendien dat de juistheid der toepassing daarvan in dit geval daardoor wordt bevestigd, dat het bewijs daarvan [van het hier betwiste feit] meestal zeer gemakkelijk zal zijn voor den gedaagde doch dat van het tegendeel zeer moeilijk voor den eischer.

Wanneer ik daar sprak van onmogelijkheid om te bewijzen dan had ik daarbij natuurlijk eene objectieve niet eene subjectieve onmogelijkheid op het oog. Want ten aanzien van deze laatste geldt algemeen, èn voor den eischer, èn voor den verweerder waar hij bewijs moet leveren, de uitspraak der Keizers in l. 23 C. de probb. IV. 19: »Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitati monstrandi contrarium non adstringit cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit". Maar, als de eene partij aan de andere het leveren van bewijs onmogelijk heeft gemaakt? Dan zou ik niet aarzelen die andere van den bewijslast te ontslaan. Dit moge met den in algemeene bewoordingen gestelden regel van art. 1902 in strijd zijn, deze en dergelijke door den wetgever niet uitgewerkte regels zijn in den geest des wetgevers, èn met het oog op hunnen oorsprong en de aanleiding tot hunne opneming in de wet, èn met het oog op hunne strekking te beschouwen als de huldiging van een leerstuk, waarvan de voor de toepassing in bijzondere gevallen noodzakelijke afwijkingen aan het oordeel des rechters zijn overgelaten. Gaf ook onze wetgever zelf geen blijk van het zoo rationeele en als uit den aard der zaak voortvloeiende beginsel te huldigen, dat iemand geen voordeel mag trekken uit de niet-vervulling van een plicht door de tegenpartij, wanneer door zijne schuld die vervulling onmogelijk werd? Is niet de bepaling van art. 1296 B. W., al beweegt deze zich op een ander gebied, de ondubbelzinnige toepassing van dat beginsel? Zal de rechter dan de vrijheid missen om de voorkeur te geven aan de afwijking van een tengevolge van bijzondere omstandigheden algemeen gestelden regel, boven eene anders in de wet aan te nemen onredelijkheid en inconsequentie van beginselen, wanneer hij, door het eerste te doen, de gerechtigheid handhaaft, door het laatste die verkracht? »La légalité nous tue", zeide eens LOUIS PHILIPPE tot GUIZOT en de uitkomst heeft bewezen dat hij juister blik op de zaken had dan zijn geleerde Minister; laten onze

rechters en uitleggers zorgen dat een vermeende eerbied voor de wet de gerechtigheid niet doode! Is de wet inderdaad onverbiddelijk, dwingt zij tot wat ongerechtigheid moet heeten, eerst dan blijve het gevolg daarvan ter verantwoording van den wetgever, in het vertrouwen dat deze zijne verantwoordelijkheid beter beseffe dan hij dit sedert 1838 heeft gedaan. Uit het bovenstaande blijkt dat ik mij niet kan vereenigen met hetgeen door Mr. J. C. Post wordt geleerd in zijn met veel talent geschreven proefschrift: de leer van den bewijslast, Leiden 1893 bl. 23—50. M. i. kan in dit geval, zonder schennis van art. 1902, als men het maar niet uitsluitend op zich zelf beschouwt noch zich aan de letter vastklampt, aan den onmiskenbaren eisch der gerechtigheid voldaan worden. Kan nu, in de hier bedoelde omstandigheden, iemand ontslagen worden van den bewijslast, omdat het leveren van het bewijs door de tegenpartij onmogelijk werd gemaakt, het staat vast en volgt uit den aard der zaak dat geen bewijs geleverd behoeft te worden door hem die niet anders doet dan het bestaan te ontkennen van een feit, waarop de tegenpartij zich tot staving van hare bewering beroept.

Nadere bepaling van den omvang. De omvang van den bewijslast wordt nader bepaald door de aanwijzing van de feiten wier bestaan noodzakelijk is om het bestaan van een recht aan te nemen.

Zoo zal hij die beweert een recht te hebben, moeten bewijzen het bestaan van feiten, waaruit volgt dat het beweerde recht voor hem is ontstaan, en dit tegen hem wien hij tot erkenning daarvan aanspreekt.

Feiten welke onbestaanbaar zijn met die welke voor het ontstaan van een recht worden bewezen, feiten welke het ontstaan van het beweerde recht zouden hebben kunnen verhinderen of het ontstaande doen te niet gaan, moeten bewezen worden door hem die zich daarop ter bestrijding van het beweerde recht beroept.

Feiten welke, omdat zij gewoonlijk plaats hebben en daarom geacht worden te hebben plaats gehad, behoeven niet door hem te worden bewezen, wiens bewering daarop steunt, evenmin als het bewijs van het niet bestaan van zoodanige feiten, waaraan de wet een uitzondering verbindt op een regel, wordt gevorderd van hem, die den regel voor zich inroept.

Behalve de feiten waaruit een beweerd recht is ontstaan, moeten

ook door hem die beweert, dat dat recht hem toekomt, de feiten worden bewezen waarvan de vorderbaarheid van het recht afhankelijk is.

Dit alles komt hierop neer dat eischer voor zijn aanspraak of gedaagde voor zijn tegenspraak te bewijzen heeft de feiten die hij daarvoor aanvoert, terwijl hij, om in 't gelijk gesteld te worden, moet aanvoeren die feiten waarvan zijn recht of de gegrondheid van zijn tegenspraak afhankelijk is. Verg. Dl. I § 34, 3de dr. bl. 304. v.

Wanneer eischer of gedaagde niet aanvoeren die feiten waarvan alleen de rechtmatigheid van hun beweren afhankelijk is, dan kan hun daarvan het bewijs niet opgelegd worden, maar van de rechtmatigheid van hun beweren kan ook niet blijken. Zij moeten, om gelijk te krijgen, die feiten aanvoeren, welke voor de rechtmatigheid van hun beweren aanwezig moeten zijn en, terwijl zij deze casu quo bewijzen moeten, kan men in dien zin zeggen dat bewijs geleverd moet worden van die feiten welke aangevoerd moeten worden.

Dat het nu in 't algemeen, om het bestaan van een recht aan te nemen, voldoende is dat die feiten bewezen worden welke het hebben doen ontstaan, en dat om 't gevolg van een recht te niet te doen, door de tegenpartij het tenietgaan daarvan moet worden bewezen, verklaart zich, behalve uit hetgeen Dl. I bl. 304 werd opgemerkt, ook hieruit, dat hij die beweert een recht te hebben waarmede de toestand waarin een ander zich bevindt in strijd is, het ongerechtvaardigde van dien toestand voldoende aantoont, wanneer hij aantoont dat het beweerde recht werkelijk voor hem is ontstaan. Dan toch ontstaat gereedelijk de vraag, hoe kon de tegenpartij dan in dien met dat ontstaan strijdigen toestand komen? Niet anders dan doordien het beweerde recht te niet ging, maar dan ligt het ook op zijn weg daarmede zijn toestand, die voorshands minstens twijfelachtig werd, te rechtvaardigen.

A fortiori, wanneer hij die beweert een recht te hebben afdoende bewijzen voor het ontstaan daarvan bijbrengt en de tegenpartij beweert dat die op zich zelf afdoende feiten door andere worden weersproken of dat er iets heeft plaats gehad waardoor aan die feiten het daaruit getrokken rechtsgevolg niet kan worden toegekend zoodat om die reden het beweerde recht feitelijk of rechtens niet is ontstaan, dan is het ook aan hem om wat anders als vaststaande kon worden aangemerkt door het bewijs der door hem aangevoerde feiten te ontzenuwen.

Veel verschil van gevoelen heeft zich vooral bij de duitsche rechtsgeleerden geopenbaard, en voortdurend is door hen strijd gevoerd, over den bewijslast bij voorwaardelijke verbintenissen. Wanneer de eischer zich beroept op eene verbintenis door den gedaagde aangegaan en deze beweert dat de overeenkomst onder eene opschortende voorwaarde is gesloten, heeft dan de gedaagde de bedongen voorwaarde, of de eischer tegenover deze bewering eenvoudig het sluiten der overeenkomst te bewijzen? Een overzicht van den strijd geeft UNGER Oesterr. Privatrecht II § 129, Anm. blz. 572 vv., die zelf op zeer juiste gronden betoogt, dat de gedaagde in dit geval de handeling zelve ontkent en dat hier van eene erkenning der handeling onder bijvoeging van eene zelfstandige bewering geen sprake is, al wordt dergelijke bestrijding van den eisch wel tot de exceptiën in uitgebreiden zin gebracht. Deze meening welke, volgens UNGER, niet alleen vroeger maar ook in later tijd de heerschende is geweest, al werd zij niet altijd op goede gronden verdedigd, is laatstelijk nog weer bestreden door FITTING, die Grundlagen der Beweislast, Berlin 1888 bl. 56, ofschoon hij haar als »gegenwärtig weitaus herrschende" erkent, gelijk zij dan ook in § 196 van het duitsche Ontwerp B. W. is gehuldigd. Bij ons deelt DIEPHUIS, Dl. II bl. 310, het meest algemeene gevoelen met herroeping van hetgeen hij vroeger, Dl. IX n°. 46, verdedigd had. Mr. LEVY schaart zich bl. 48, aan de zijde van FITTING. Wanneer deze evenwel, overeenkomstig de aanhaling van Mr. LEVY, het geval dus stelt, gelijk hij doet, dat iemand stelt en bewijst dat hij den gedaagde een paard voor *f* 1000 verkocht heeft en dat dan de gedaagde beweert op grond van eene bepaalde en alsnog zwevende voorwaarde waaronder hij gekocht zou hebben, niet verplicht te zijn tot betaling, dat dan de eischer genoeg heeft gedaan, en dat de gedaagde het beding der voorwaarde bewijzen moet, dan stelt hij de vraag verkeerd voor. Want dat geven UNGER en DIEPHUIS t. a. p. beide toe! De vraag is, of de eischer, tegenover het beroep van den gedaagde op het voorwaardelijke der verbintenis, het bewijs daarvan kan afwachten en zich bepalen kan bij het beweren, dat de overeenkomst gesloten is, zonder daarvan bewijs te leveren. Dit is het wat UNGER ontkent. Zie ook Mr. ROMBACH in Rechtsg. Magazijn XII (1893) bl.. 597. LAND bl. 365 nt. 2. Doch ook de grond, waarop FITTING zich beroept, dat den gedaagde de bewijslast treft »omdat hij zich beroept op de rechtsvoorschriften nopens

voorwaarden, welke bij wege van uitzondering de toepassing der algemeene rechtsregelen over verkoop niet veroorlooven", kan ik niet goedkeuren. Moge al in het algemeen het bestaan eener uitzondering op den algemeenen regel invloed op den bewijslast uitoefenen, bepalingen omtrent de voorwaardelijke verbintenissen kan men niet als uitzonderingen aanmerken op de bepalingen over verbintenissen zonder voorwaarde aangegaan. Terecht zegt UNGER »unbedingte und bedingte Willenserklärungen sind nicht quantitativ sondern qualitativ verschieden., nicht ein mehr oder weniger, sondern ein ganz anderes; sie verhalten sich zu ein ander nicht wie x : x + 1 sondern wie x : y". Ook DIEPHUIS wijst daarop, als hij bl. 311 zegt: »Het eerste (de bewijslast te doen rusten op den gedaagde) laat zich zeker niet daarmede wettigen dat onvoorwaardelijke handelingen de meest gewone en daarom meest waarschijnlijk zijn".

Anders denkt UNGER t. a. p., wanneer de gedaagde beweert dat de overeenkomst waaruit eischer ageert onder eene ontbindende voorwaarde zou zijn aangegaan, omdat de gedaagde dan het tot stand komen van de beweerde overeenkomst en het ontstaan der daaruit afgeleide verbintenis toestemt, maar de opheffing daarvan beweert. Evenzoo acht hij dat, bij het beroep op een aanvangstermijn de bewijslast op den gedaagde rust, omdat hij alsdan het sluiten der overeenkomst, dus het feit waarop de beweerde rechtsbetrekking steunt, erkent en hij derhalve heeft aan te toonen dat niettemin de beweerde verbintenis nog niet vorderbaar is.

De ontwerpers van het duitsch Burg. Wetboek hebben evenwel de ontbindende voorwaarde evengoed als den aanvangs- of eindtermijn aan dezelfde bepaling onderworpen als de opschortende voorwaarde. § 196. Wat den aanvangstermijn betreft, stellen zij, in de Motive I bl. 384, deze reden op den voorgrond dat de aanvangstermijn met de opschortende voorwaarde in de latere jurisprudentie op eene lijn is gesteld. Ofschoon dit niet het geval is met de ontbindende voorwaarde, zoo hebben zij toch ook dezen op goede gronden met de opschortende gelijkgesteld. Al kan men theoretisch eene onder ontbindende voorwaarde of met een eindtermijn aangegane overeenkomst ontleden zoodat men het beding omtrent die voorwaarde of dien termijn als een bijkomend beding aanmerkt met betrekking tot het onvoorwaardelijk en zonder tijdsbepaling gemaakte hoofdbeding, en op die wijze het beweren omtrent

de voorwaarde of de tijdsbepaling tot eene relatieve ontkenning maken, het gaat niet aan om de beide dus theoretisch onderscheiden bedingen als twee afgescheiden, op zich zelf staande verklaringen te behandelen tengevolge waarvan beide een eigen verloop zouden hebben. »Bei der ersteren (de ontbindende voorwaarde) behauptet der Beklagte, dass ein Thatbestand mit der ihm zukommenden rechtlichen Wirkung nur für gewisse Zeit gesetzt sei, und dies ist ebenso motivirtes Leugnen, wie die Behauptung, der rechtlichen Wirkung eines Thatbestandes sei noch von einem ungewissen Ereignisse abhängig". Motive t. a. p. De Ontwerpers voeren verder aan dat de fransche jurisprudentie, zooals die zich, op grond van art. 1356 C. C. (ons art. 1961) ontwikkeld heeft, met de bepaling van § 196 in overeenstemming is. Niettegenstaande hetgeen hierboven ontwikkeld werd, blijft voor ons de vraag, of en in hoeverre de beslissing omtrent den bewijslast in deze gevallen van voorwaarde en termijnen, door de bepaling omtrent de onsplitsbaarheid der erkentenis beheerscht wordt. Daarover later. Zie § 135.

Min betwistbaar is het voorschrift van § 197 van het duitsche wetb. »Die Erfüllung oder den Ausfall einer Bedingung hat derjenige zu beweisen, welcher aus der betreffenden Thatsache ein Recht herleitet". Daarover bestaat dan ook vrij wel eenstemmigheid.

Wijziging in den omvang. De omvang van den bewijslast wordt gewijzigd en eene verlichting in dien last aangebracht, wanneer de wet de waarheid van zekere feiten uit het bestaan van andere afleidt, m. a. w., wanneer voor het bestaan van zoodanige feiten een wettelijk vermoeden bestaat.

»Een wettelijk vermoeden ontslaat dengene in wiens voordeel het bestaat van alle verdere bewijzen" zegt art. 1958 B. W. Niet van alle bewijs, zooals het O. 1820 zegt in art. 3406 § 1, maar van alle verder bewijs. Wanneer alzoo de feiten, uit welker bestaan het vermoeden voor de waarheid van andere door de wet wordt afgeleid, bewezen zijn, dan behoeft dat hoofdfeit, dat anders juist wellicht moeilijk te bewijzen zou zijn, niet bewezen te worden. Zoo zal bijv. om 't bewijs te leveren dat een gift, als in art. 239 B. W. bedoeld, aan een tusschenpersoon is gedaan, alleen bewezen moeten worden dat de gift door een der echtgenooten gedaan werd aan een kind van den anderen echtgenoot uit een vroeger huwelijk

gesproten. Dit laatste feit leidt den wetgever tot de gevolgtrekking, dat de gift tot bevoordeeling van dien anderen echtgenoot gedaan werd en dit feit, waarop het hier voor de nietigheid van de gift aankomt, behoeft door dengene die zich op die nietigheid beroept, niet bewezen te worden.

Ook komt de Wetgever zeer dikwijls door bijzondere bepalingen te hulp om uit te maken op wien in bepaalde gevallen de bewijslast rust.

Zoo wijst art. 214 B. W. duidelijk aan dat hij die beweert dat onroerende goederen en effecten staande huwelijk aangekocht niet tot winst moeten gerekend worden, daarvan bewijs moet leveren. Zie ook art. 220. Om den man verantwoordelijk te doen zijn voor de in art. 250 bedoelde nalatigheid, moet bewezen zijn dat de penningen door hem ontvangen zijn of te zijnen voordeele gestrekt hebben. Het bewijs van dit feit zal door de vrouw moeten worden geleverd. In art. 343 wordt eerder het voorwerp van het bewijs nader omschreven. Ofschoon de redactie dier bepaling op een regeling van den bewijslast zelven doelt, kan deze moeilijk betwijfeld worden. Zoo heeft ook art. 545 niets bijzonders, voor zoover het de verplichting tot bewijs oplegt welke even duidelijk uit art. 1902 zou volgen. Maar de kracht dezer bepaling zit in het »zoolang hij dit niet bewijst" enz. Zie voorts art. 546, waar ontheffing van bewijslast wordt uitgesproken, artt. 577, 579 waar in het: »onverminderd de door titel of bezit verkregen rechten" de bewijslast aan hen die op die verkregen rechten aanspraak maken wordt opgelegd. Verder artt. 589, 590, 591, 627, 634 n°. 3, 681, 706, 710, 878, 941, 1286, 1364, 1398, als men maar in 't oog houdt dat het in dit laatste art. eigenlijk niet op het kunnen maar op het werkelijk bewijzen aankomt. Voorts art. 1412, 1413, 1474, 1480 § 3, 1539. Art. 1599 legt het bewijs dat het goed niet in goeden staat was bij den aanvang van de huur op den huurder; en naar art. 1600 heeft de huurder te bewijzen dat buiten zijn schuld de schade is ontstaan, terwijl art. 1601, in geval van brand, schuld des huurders door verhuurder bewezen wil hebben. Art. 1687 legt bewijs van ontstentenis van goede trouw aan hem op die de geldigheid van de opzegging van de maatschap bestrijdt. Verder artt. 1764, 1994, 2002, 2004 B. W.; art. 13, 164,

203, 207, 223, 274, 294, 479, 544, 556, 558, 597, 614, 615 § 2, 650, 674, 776, 777 K. In meerdere artikelen wordt echter ook wel van bewijzen gesproken en daarmede bewijslast opgelegd, zonder dat van bewijzen had behoeven melding gemaakt te worden. Zoo zegt art. 307 B. W. »dat de man de wettigheid des kinds kan ontkennen indien hij bewijst in de natuurlijke onmogelijkheid geweest te zijn". De bepaling zou er niet door lijden wanneer er eenvoudig stond »indien hij in de natuurlijke onmogelijkheid geweest is". Art. 747 B. W. kan de woorden »het bewezen is dat"; art. 1539 de woorden: »deze bewijst dat"; art. 438 K. de woorden: »bewijst dat hij"; art. 777 »zij bewijzen dat"; art. 776 »bewezen wordt dat", wel missen.

Welke zijn de bewijsmiddelen?

De middelen, door welke den rechter de gronden verschaft worden, op welke hij de waarheid van de feiten mag of moet aannemen, zijn uitsluitend die welke de wet aanwijst.

Die door de wet als zoodanig aangewezen bewijsmiddelen zijn de volgende:

Geschriften.
Getuigen.
Vermoedens.
Bekentenis.
Eed. Art. 1903 B. W.
Plaatsopneming.
Deskundigen. Art. 219, 222 B. R. en
De zoogenaamde algemeene bekendheid van art. 221 B. W.

De bewijsmiddelen welke in art. 1903 worden opgenoemd zijn dezelfde als in art. 1316 C. C. vermeld worden. Doch de redactie van beide bepalingen verschilt. Art. 1316 zeide eenvoudig dat de regelen betreffende het schriftelijk bewijs enz. gevonden worden in de volgende titels. Dat beteekent zeker niet veel; ieder die de wet leest ziet dat van zelf en het art. bevat niet anders dan eene bepaling van overgang, in een leerboek op haar plaats, in een wetboek strikt genomen overbodig. Maar wanneer nu onze wetgever, daarmede niet tevreden, een vorm aan de bepaling geeft door welken »daarin duidelijk wordt opgegeven waarin de bewijsmiddelen bestaan .... dewijl men anders [door het artikel van den Code] al lichtelijk tot het dwaalbegrip zoude kunnen komen, dat

er, behalve deze opgenoemde bewijsmiddelen nog andere in rechten bestaan", (dus ASSER Verg. § 872), dan kan hij moeilijk de aanmerking ontgaan van aanleiding te geven tot het dwaalbegrip, als zouden er, behalve de opgenoemde, inderdaad geen andere in rechte bestaan. Want al bedoelde hij in art. 1903 eene uitsluitende bepaling te geven, wanneer hij zelf elders in de wetgeving nog andere bewijsmiddelen erkent, dan verliest daardoor het artikel noodzakelijk die uitsluitende kracht. (*) En terwijl art. 1316 C. C. dan eene waarheid zegt, die zonder dat ook niet kan worden geloochend, zegt art. 1903 eene onwaarheid. Want behalve de daar genoemde wijst nog het Wetb. v. B. R. de gerechtelijke plaatsopneming en het bericht van deskundigen aan als middelen waardoor de rechter tot erkenning van de waarheid kan komen, al regelt hij ze daar met het oog op de vormen welke voor de aanwending dier middelen vereischt worden. B. I tit. 3 afd. 7 en 8 in onmiddellijk verband met de in afd. 5 en 6 en 9 voor de toepassing van andere bewijsmiddelen geregelde vormen.

In het door VAN DER LINDEN, op last van Koning LODEWIJK, ontworpen algemeen Wetboek wordt in den 17den titel van Boek IV over het bewijs gehandeld en daar worden tot de openbare geschriften gebracht: »c de opgaven van plaatselijke onderzoekingen of inspectien, vergelijkingen van schrift en dergelijke door deskundigen en daartoe op openbaar of rechterlijk gezag gelaste personen uitgebracht". Het geschrift kan wel strekken tot bewijs van het onderzoek en van de wijze waarop dit heeft plaats gehad, maar het bewijs, dat het onderzoek of de verklaringen ten aanzien van de onderzochte feiten of toestanden oplevert, ligt niet in dat geschrift. Dat in den Code civil noch van plaatsopneming, noch van deskundigen gehandeld wordt is ook al een gevolg van de beperking van het bewijs tot de verbintenissen. GARSONNET II § 344 nt 2.

Het verdient opmerking dat de wetgever ook in art. 1638 en 1737 B. W. een bewijsmiddel toepast, dat onder de in art. 1903 vermelde niet voorkomt. Men zou alzoo het woord des meesters en het woord van den bewaarnemer, en, wil men het algemeen uitdrukken, het woord van eene der partijen, nog aan de

(*) Een ander voorbeeld van eene in streng uitsluitende bewoordingen gestelde bepaling die toch niet uitsluitend is, levert art. 689 B. W.

op de vorige bladzijde vermelde bewijsmiddelen kunnen toevoegen.

Zal niet nog bovendien de algemeene bekendheid als bewijsmiddel moeten worden vermeld, welke in art. 221 B. W. naast de getuigen wordt toegelaten waar men door deze niet bewijzen kan? Dit valt, dunkt mij, moeilijk te ontkennen; want, ofschoon het wel in den vorm van een getuigenverhoor zal worden in toepassing gebracht, de getuigen zullen hier geen directe verklaring afleggen van wat zij gezien, gehoord of ondervonden hebben maar alleen verklaren omtrent hetgeen zij van hooren zeggen weten. Het bijzonder karakter van dit bewijsmiddel heb ik hierboven reeds aangewezen. Daar wees ik er tevens op dat van die algemeene bekendheid alleen gesproken wordt in art. 221. Zij mag niet tot andere gevallen worden uitgebreid, doch uit den aard der zaak zal het feit, dat in art. 317 B. W. wordt vermeld als geschikt om de wettige afstamming aan te toonen: »dat hij aanhoudend als zoodanig in de maatschappij erkend is" ook wel door verklaringen omtrent de publieke opinie, dus door het openbaar gerucht, moeten worden bewezen. Verg. Bonnier I n°. 240 en vooral 242 vv.

Anders oordeelt over het aantal bewijsmiddelen Mr. Levy, meer evenwel geleid door het gezag van Heusler dan door de bepalingen onzer wet t. a. p. bl. 60 v. Zie echter Diephuis II bl. 314 vv. Of deze laatste schrijver in de stelling op bl. 316, 317 echter niet te ver gaat, waar hij bewijsmiddelen schijnt toe te laten, waarvan in de wet geen sprake is, zou ik betwijfelen; zeker is dit niet in overeenstemming met wat hij op bl. 291 leert.

Er bestaat tusschen de onderscheidene bewijsmiddelen eene meerdere of mindere overeenkomst in karakter waarnaar men ze zou kunnen groepeeren. Daarnaar ware de door de wet in acht genomen orde te wijzigen. Toch komt mij dergelijke groepeering niet van overwegend belang voor. Ook bij het volgen van de door de wet aangenomen orde kan de overeenkomst of het verschil in karakter behoorlijk aangewezen worden. Doch, terwijl ik, met de in het Burg. W. geregelde bewijsmiddelen, die van het Wetb. v. B. R. tevens heb te bespreken, kunnen de twee aldaar behandelde gereedelijk voorafgaan. Te meer omdat daarin een gemeenschappelijke karaktertrek kan worden aangewezen, welke ze meteen van de anderen onderscheidt, nl. eene eigen waarneming des rechters, welke in

gerechtelijke plaatsopneming eene onmiddellijke is, terwijl die bij het bericht van deskundigen eene middellijke kan genoemd worden, in zoover als dit de strekking heeft om den rechter tot eigen waarneming in staat te stellen. Zoo zal ik dan in de volgende afdeelingen eerst aan de gerechtelijke plaatsopneming, dan aan het bericht van deskundigen en vervolgens aan de onderscheiden bewijsmiddelen in het Burg. Wetb. geregeld eene plaats geven. Met de behandeling van ieder bewijsmiddel verbind ik de behandeling der procedure welke voor de toepassing daarvan vereischt wordt of daarbij te pas kan komen.

Aanm. De bewijsmiddelen worden, gelijk wij zagen, door de wet aangewezen; geene andere kunnen door den rechter worden toegelaten. Alleen deze mogen hem de gronden opleveren voor het vestigen van zijne overtuiging omtrent de waarheid der in het geding gebrachte feiten. Stelt de rechter dan verder zich de vraag, of in een bepaald geval het aangevoerde bewijsmiddel voldoende gronden voor zijne overtuiging oplevert of mag opleveren, dan is hij ook daarin niet altijd vrij. De wet verbiedt hem het bewijsmiddel door getuigen in bepaalde gevallen toe te laten; vermoedens die niet op de wet gegrond zijn mag hij alleen aannemen in de door de wet aangewezen gevallen; zij verbiedt hem aan een enkelen getuige zonder meer geloof te slaan; zij geeft hem regelen waardoor hij de betrouwbaarheid der getuigen heeft te bepalen, verbiedt hem sommige personen als getuigen te hooren. Staat hem nu, daar waar hij op getuigenissen of vermoedens zal rechtspreken, de beoordeeling vrij, of die bewijsmiddelen bij hem de overtuiging van de waarheid gewekt hebben, dit is hem in vele andere gevallen niet geoorloofd. Aan de authentieke akte, aan de bekentenis, aan den eed moet hij volledige bewijskracht toekennen; ook is hij bij sommige vermoedens aan 's wetgevers uitspraak gebonden.

Meer dan een van die regelen zijn wel het gevolg daarvan dat het burgerlijke rechten zijn die het voorwerp van het bewijs uitmaken, rechten waarover de bijzondere personen in den regel de vrije beschikking hebben, maar daaruit volgt toch niet noodzakelijk dat eene wettelijke bewijsregeling den rechter tot richtsnoer gesteld worde. Zeker verdraagt zich daarmede volkomen wat men de vrije bewijstheorie pleegt te noemen en die hare uitdrukking vond in het door CALLISTRATUS aangehaald rescript van HADRIANUS:

»Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris l. 3 § 2 D. de testibus 22,5. Doch op de beperking der vrijheid van den rechter, door enkele keizerlijke constitutiën voorbereid, is in het canonieke proces en door de italiaansche rechtsgeleerden van de 13e eeuw en van lateren tijd voortgebouwd en daaruit is de wettelijke bewijstheorie van de oud-fransche en de oud-vaderlandsche praktijk voortgekomen, welke haren invloed op de nieuwe wetboeken, den Code en in nog sterkere mate op ons Burgerl. Wetb. heeft uitgeoefend. Heeft de in den Code gehuldigde theorie reeds bij MERLIN en anderen, als CARRÉ en BOITARD, bedenkingen doen ontstaan, ook in Duitschland en bij ons beweegt zich thans de strooming der »communis Ictorum opinio" in de richting van eene althans meerdere vrijheid den rechter gunnende theorie. Een uitvoerig pleidooi voor de onbeperkt vrije bewijstheorie geeft, naar aanleiding van en in verband met de Handelingen der Juristenvereeniging van 1879, Mr. LEVY, bij wijze van Inleiding tot zijne »voortgezette verklaring van het Burg. Wetboek", Dl. XII bl. 1—33. Zie ook Mr. W. MODDERMAN, de wettelijke bewijsleer in strafzaken. Utrecht 1867 bl. 26 vv. De wettelijke bewijstheorie vindt daarentegen een verdediger in DIEPHUIS II bl. 290 v.

AFDEELING II.

GERECHTELIJKE PLAATSOPNEMING.

TIT. I.

§ 95. HET MIDDEL.

Wat zij is. De gerechtelijke plaatsopneming, door de Franschen descente sur les lieux geheeten, bestaat in een door den rechter ingesteld onderzoek naar den toestand der plaats, waartoe de feiten in geschil betrekking hebben, door eigen aanschouwen. art. 219.

Waarom de aan de Franschen ontleende regeling van hunne descente sur les lieux aan deze instelling niet dezelfde be-

naming nl. eenvoudig die van plaatsopneming mocht doen behouden; waarom aan de breedsprakigheid toegegeven en van gerechtelijke plaatsopneming gesproken werd? Wij verkeeren hier toch in de regeling van het geding dat voor den rechter gevoerd wordt; dat dus die plaatsopneming eene gerechtelijke zijn zal, spreekt van zelf en, mocht men al kunnen denken aan eene buitengerechtelijke handeling van dezen aard waaraan op het geding invloed werd toegekend, de bijzondere beteekenis, welke dan de gerechtelijke kreeg, zou uit de regeling zelve wel blijken.

De tekst van art. 219 geeft evenwel nog eene betere benaming aan de hand. Had men de instelling zelve oogenschouw genoemd, men had niet bevreesd behoeven te zijn, zich aan een germanisme schuldig te maken, al spreken de Duitschers van Augenschein en men was, door eene benaming van ruimere beteekenis, tevens wellicht op de gedachte gekomen om het onderzoek des rechters ook voor roerende zaken mogelijk te maken, wat wenschelijk geacht kan worden doch thans niet aangaat. Het Ontwerp nam de uitbreiding op doch verlengde de benaming door van gerechtelijke plaatsopneming en bezichtiging te spreken. B. II Tit. 2 afd. 9. (uitg. Belinfante) bl. 42 en 156. Zou, als oogenschouw wat vreemd mocht klinken, bezichtiging niet even algemeen zijn en althans algemeen genoeg om daarnaast plaatsopneming te kunnen missen? cf. art. 101: »In geval de kantonrechter zich naar eene plaats in geschil begeeft... tot bezichtiging" enz.

Het karakter van dit bewijsmiddel ligt in de persoonlijke waarneming van den rechter. Zeker is geen middel meer afdoende, geen min bedriegelijk dan het zien uit eigen oogen. De rechter zal door dit middel de gronden voor zijne overtuiging omtrent het al of niet bestaan van een beweerden toestand putten uit hetgeen hij zelf van dien toestand zag. Doch, al is de eigen waarneming de minst bedriegelijke, zij moet dan toch ook zoodanige toestanden betreffen, welke hij die de waarneming doet, beoordeelen kan. Is voor de juiste waardeering van een toestand een speciale technische kennis noodig, welke de rechter als zoodanig niet bezit en niet behoeft te bezitten, hij zal vóór de juiste beoordeeling van hetgeen hij ziet de voorlichting of hulp van deskundigen behoeven en zoo kunnen bij de plaatsopneming ook deskundigen te pas komen. Dit onderstelt art. 219, wanneer het

bepaalt dat de leden van het collegie zich zullen begeven op de plaats, »ten einde derzelver staat en gelegenheid" (zou toestand niet voldoende zijn?) op te nemen en daarvan een akte van bevinding uittebrengen hetzij alleen, hetzij met behulp van deskundigen". Of daarmede echter een onderzoek van deskundigen als waarover de 8ste afd. van tit. 3 handelt bedoeld wordt, onderzoeken wij later; zie bl. 47. Niet twijfelachtig is het evenwel of ook zoodanig onderzoek tegelijk met eene plaatsopneming kan bevolen worden. In het Wetb. van 1830 waren beide onderwerpen vereenigd in de zevende afdeeling van tit. III, welke tot opschrift had: »Van geregtelijke plaatsopneming en van berigten van deskundigen" en in het eerste artikel dezer afdeeling, art. 186, werd op eenig verband tusschen beide onderwerpen gewezen. Voor de splitsing en daarmede terugkeer tot den franschen Code, tit. 13 en 14 van B. II, meende men, zeker om eenige zelfstandigheid tegenover den Code te toonen, op dit voorbeeld niet te moeten wijzen; als reden daarvan gaf men op: »men vertrouwt dat de netheid der orde bevorderd is, en de bepalingen op elk dezer onderwerpen ook te duidelijker in het oog zullen vallen". v. D. HONERT, inl. op de zevende afdeeling van tit. III, bl. 314 v.

Wanneer art. 219 zegt dat het middel de strekking heeft om eene plaats in oogenschouw te nemen, dat de rechters met het onderzoek belast zich zullen begeven naar die plaats, ten einde dezelve op te nemen; wanneer in overeenstemming daarmede art. 101 spreekt van het geval dat de kantonrechter zich naar eene plaats in geschil begeeft tot bezichtiging, natuurlijk van die plaats, (cf. art. 88 W. 1830), dan wordt daardoor het middel tot het onderzoek van onroerende zaken beperkt. De Code de pr., noemde bepaaldelijk in art. 38, gevallen op waarin de bezichtiging van de plaats voor den rechter nuttig kan zijn, nl.: »pour déplacement de bornes, usurpations de terres, arbres, haies, fossés ou autres clôtures et pour entreprises sur les cours d'eau", en in art. 41, waar hij onderstelt niet alleen de noodzakelijkheid om den toestand van eene plaats op te nemen maar ook om de grootte van aangebrachte schade te waardeeren, wordt bepaald dat de rechter bevelen zal »que le lieu contentieux sera visité par lui". In verband met die bepalingen kan art. 295, met het »se transportera sur

les lieux", ook wel niet anders dan een bezichtiging van onroerende zaken bedoelen en daaruit wordt de beperking van het middel in onze wet verklaard en bevestigd. De noodzakelijkheid, die de wetgever bij de regeling van dit middel onderstelt, dat de rechter zich naar de plaats begeeft, is met die beperkte opvatting in overeenstemming. Ik geloof dan ook niet, dat de wettelijke bepalingen eene uitbreiding in de toepassing toelaten. Wel zou ik die met den Ontwerper gewenscht achten. Terecht zegt hij in de Mem. v. Toel. t. a. p. bl. 156: »De bezichtiging ook van roerende zaken die een onderwerp van geschil uitmaken, kan, wanneer de opgaven van partijen den rechter het vereischte licht niet verschaffen, ter beslissing der zaak noodig zijn. Niet altijd zal de rechter zich in dat geval behoeven te verplaatsen. Is de overbrenging ter terechtzitting niet te kostbaar of aan geene andere bezwaren onderhevig, bestaat er bepaaldelijk ook geen vrees, dat de voorwerpen in geschil met andere zullen verwisseld worden, of dat er in hunnen toestand te kwader trouw eenige verandering zal worden gebracht, de rechter kan die overbrenging, naar aanleiding van het laatste artikel dezer afdeeling, bevelen. In het tegenovergesteld geval wordt hem bij het eerste artikel, uitdrukkelijk de, thans voor het minst betwistbare, bevoegdheid toegekend om de roerende zaken op te nemen ter plaatse waar zij zich bevinden". Het voorstel HARTOGH volgt op dit punt het Ontwerp. Zie art. 219 nieuw 2e lid. Intusschen zal men het formalisme wel niet zóó ver drijven om ook in den tegenwoordigen toestand der wetgeving aan eene partij de bevoegdheid te ontzeggen om roerende zaken die voor overbrenging ter terechtzitting vatbaar zijn, dáár te vertoonen, indien zij dit tot de juiste beoordeeling van het punt in geschil noodig acht. Doch verder zal men moeilijk kunnen gaan. Alleen zal dan een onderzoek van deskundigen kunnen helpen. Doch onze wet is onvolledig op dit punt. — Een eigen aanschouwen van den rechter, al komen daarbij niet de formeele voorschriften omtrent de plaatsopneming te pas, heeft plaats bij de bewijsvoering door geschrift, wanneer deze tot strijd over de echtheid van een geschrift aanleiding geeft en de rechter door eigen onderzoek en schriftvergelijking de waarheid opspoort. Ook hieruit blijkt dat de aard van dit bewijsmiddel niet medebrengt het tot onroerende goederen te beperken.

De Civilprozessordnung spreekt in § 336, op het voorbeeld van

vroegere wetboeken, als Hanover § 281, en ontwerpen, algemeen en zonder uitdrukkelijk of stilzwijgend onderscheid te maken van »die Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheines, welke het bevel des rechters moet inhouden.

De bijzondere gevallen, waarin eene bezichtiging kan te pas komen en welke art. 38 C. de pr. opnoemt in verband met het getuigenverhoor voor den vrederechter, betreffen geschillen die naar onze wetgeving (art. 54 n°. 4 R. O.) tot de competentie van de rechtbanken zijn gebracht, waardoor, ongelukkig genoeg, het hooren van getuigen ter plaatse voor die geschillen ook is vervallen. Geschillen over eigendom van onroerende goederen, over rechten en verplichtingen van naburen, over erfdienstbaarheden kunnen als andere voorbeelden daarbij gevoegd worden. Van de vorderingen, met name tot de competentie der kantongerechten gebracht, kunnen die van art. 39 n°. 1 en 2 tot eene opneming gereedelijk aanleiding geven. De wet onderstelt eene door den kantonrechter bevolen bezichtiging in art. 101.

De noodzakelijkheid van eene opneming zal dikwijls eerst blijken, nadat de zaak is bepleit of nadat een getuigenverhoor heeft plaats gehad en de feiten waarover de verklaringen der getuigen loopen door de kennis van de plaats zelve kunnen worden opgehelderd; ook zal de kantonrechter, gelijk art. 38 C. de pr. het uitdrukkelijk bepaald en art. 101 onderstelt, het getuigenverhoor op de plaats in geschil kunnen houden; eindelijk zal ook eene plaatsopneming met eene raadpleging van deskundigen kunnen gepaard gaan. Art. 42 C. de pr. regelt voor den vrederechter het hooren van deskundigen alleen in verband met eene plaatsopneming; art. 101 onderstelt alleen het geval dat de kantonrechter zich naar eene plaats begeeft tot het hooren van deskundigen, doch dan zal dit toch ook wel met de bezichtiging der plaats in verband staan; art. 219 zegt met zoovele woorden, wat de Code in a. 295 niet bepaalde, dat de rechtbank of het hof bepaalt of de plaatsopneming door den rechter alleen, of met behulp van deskundigen zal plaats hebben. Zoo blijkt dat in meer dan één geval de plaatsopneming met getuigenverhoor en vooral met bericht van deskundigen kan gepaard gaan. Daarbij zal de vraag te beantwoorden zijn, in hoeverre de bijzondere regelen voor het bericht van deskundigen

voorgeschreven dan toepasselijk zijn. Maar dit zal wel vaststaan, dat ook de kantonrechter eene plaatsopneming bevelen kan en dan is, ofschoon de bepalingen van de 7de afd. van tit. III in art. 125 niet toepasselijk zijn verklaard, hetgeen art. 101 omtrent de plaatsopneming bepaalt te onvolledig dan dat het niet uit tit. III aanvulling zou behoeven. Wij vinden hier al weder een voorbeeld van een geval waarin, bij de toepassing van art. 125, het »inclusio unius est exclusio alterius" niet opgaat. Cf. Dl. III bl. 226.

De rechter oordeelt of eene plaatsopneming noodig is. Hij beveelt die ambtshalve of op verzoek van eene der partijen. Art. 219. Wanneer bevolen?

De Code de pr. stelde in a. 225 wel op den voorgrond, dat de rechtbank de plaatsopneming kon bevelen wanneer zij dit noodig oordeelde, maar ontzegde haar tegelijk die bevoegdheid wanneer een eenvoudig rapport van deskundigen kon volstaan, tenzij eene der partijen die opneming had verzocht. De Code had die bepaling overgenomen uit art. 1 tit. XXI van de ord., waarin zelfs nietigheid, teruggave van vacatiegelden en vergoeding van kosten, schaden en interessen werd opgelegd aan den rechter, die in strijd met deze bepaling eene descente beval. De aanleiding en strekking van die bepaling is uit hare sanctie lichtelijk op te maken en men zal dan ook onder de ordonnantie de gevallen wel hebben weten te onderscheiden, gelijk de commentatoren, als Jousse, dit weten te doen. Maar ofschoon de bepaling van den Code ook tot het onderscheiden van gevallen, waarin eene opneming kon worden toegelaten en waarin een rapport van deskundigen voldoende is, aanleiding geeft, en de uitleggers die, op 't voorbeeld van de commentatoren der ord., aanwijzen, erkennen zij toch dat, nu de wet de grenslijn niet heeft gesteld noch kan stellen, het zeer moeilijk zal zijn eene uitspraak op grond van schending van dit artikel te vernietigen. Men had dan beter gedaan de bepaling van de ordonnantie, waarvan de ratio was vervallen, niet te volgen en onze wetgever verbeterde den Code, door alles aan het oordeel van den rechter te laten, waartoe men toch ook in de fransche praktijk van zelf moest komen, zij het in strijd met de letter van art. 295. — Maar dat art. 295 kon evenals het artikel van de ordonn., door een argumentum a contrario sensu, grond geven voor de meening dat, wanneer dan

eene der partijen eene descente verzocht, de rechter die niet mocht weigeren, wat o. a. JOUSSE beweerde, doch door anderen als RODIER werd tegengesproken. Het gevoelen van den laatste wordt, en terecht, vrij algemeen door de uitleggers van den Code gevolgd, (zie CARRÉ—CHAUVEAU Q. 1138) maar de redactie van ons art. 219 snijdt de quaestie af.

De partijen kunnen wel meenen, dat eene plaatsopneming den rechter tot oordeelen beter in staat zal stellen, maar of hij werkelijk licht noodig heeft en of dit door eene plaatsopneming zal kunnen verkregen worden, dat kan de rechter uit den aard der zaak alleen zelf beoordeelen. En daarom zegt CHAUVEAU terecht en onze wetgever huldigt dit denkbeeld: »La descente sur les lieux est en effet une voie d'instruction qui, comme telle, doit être laissée dans son exercice, à la discrétion du juge", t. a. p. Dat de rechter alzoo de bevoegdheid heeft ambtshalve eene plaatsopneming te bevelen vloeit uit den aard van het middel zelf voort, afgezien van de omstandigheid dat de rechter, om over het bestaan van feiten te oordeelen, waartoe hij geroepen wordt, in staat moet gesteld worden die feiten te kennen en, wanneer de partijen niet uit zich zelve verlangen dat licht te geven, onverschillig de reden die zij daarvoor mogen hebben, de bevoegdheid moet hebben hun te bevelen dat licht te verschaffen of het zich zelf te verschaffen.

De rechter kan ook de opneming bevelen op verzoek van ééne der partijen. Wanneer de wet spreekt van »verzoek van partijen" dan ligt daarin alleen eene tegenstelling met »ambtshalve", maar volstrekt niet dat de wetgever een verzoek van beide partijen zou onderstellen. Verg. art. 222, waar gelijke tegenstelling voorkomt terwijl dáár de beteekenis van »op verzoek van partijen", als doelende op éénе der partijen, door de tegenstelling van art. 222 § 3 »beide partijen" nog duidelijker uitkomt. Zie ook art. 237 waaronder de partijen niet anders dan een van beide partijen kan worden verstaan en de partijen wordt gebezigd om ambtshalve uit te sluiten. Art. 221 § 1 spreekt ook van de partij te wier verzoek de opneming geschiedt. En de onderstelling dat in den regel beide partijen het verzoek zouden doen, die aan eene andere opvatting van op verzoek van partijen ten grondslag ligt, is zeker niet rationeeler. Zie echter OUDEMAN I § 105 bl. 258.

Bij de duitsche schrijvers wordt tusschen eene ambtshalve en eene

op verzoek van partijen bevolen plaatsopneming wel dit onderscheid gemaakt dat de eerste geen bewijsmiddel zou zijn of hoogstens een oneigenlijk bewijsmiddel zou genoemd kunnen worden. Waar de rechter ambtshalve beveelt zou hij alleen een onderzoek instellen van tusschen partijen niet betwiste feiten. Aangenomen de juistheid van die opmerking, neemt dit niet weg dat, als de partijen het over zekeren toestand eens zijn en die toestand voor den rechter desniettemin niet duidelijk is, terwijl hij toch zijn oordeel daarover zal moeten uitspreken, er reden voor hem kan bestaan om eene plaatsopneming te bevelen en ten slotte zal daardoor bewijs geleverd worden in zoover eerst daardoor voor den rechter de waarheid aan het licht kwam. Maar het kan ook zijn dat er tusschen de partijen wel twist bestaat, maar dat de eischer b. v. beweert door eene overgelegde teekening voldoende den toestand te hebben toegelicht terwijl den rechter de toestand daardoor niet duidelijk werd. Ook dan is reden voor ambtshalve bevel eener plaatsopneming. Eindelijk achten partijen de beslissing niet van den bepaalden toestand afhankelijk, de rechter wel; die toestand is wat men noemt een »fait acquis au proces" waaromtrent de rechter inlichting noodig heeft ten einde zich van den werkelijken toestand te overtuigen. Zoo zie ik niet, waarom dat zg. informatoire middel geen bewijs zou zijn. Dat op de beslissing dezer vraag van afdoenden invloed is, welke voorstelling de onderscheidene schrijvers met het begrip van bewijsmiddel verbinden, ligt voor de hand, maar dat de gemaakte onderscheiding ook daarmede verband houdt dat men een grond behoeft om den voor de aanwending van bewijsmiddelen in het duitsche proces bepaalden »Beweisfrist" voor de ambtshalve bevolen plaatsopneming te ontgaan, is niet minder duidelijk. Verg. v. Weveld zur Lehre vom gerichtl. Augenschein, München 1877, bl. 57, 63 j°. 9 en 41, en de daar behandelde schrijvers, die de oogenschouw in 't algemeen als bewijsmiddel erkennen.

TIT. II.

WIJZE VAN PROCEDEEREN.

§ 96. BIJ DE COLLEGIEN.

Hoe gevraagd en bevolen?

Het verzoek tot de plaatsopneming wordt als incidenteel verzoek (vordering) gedaan bij eene conclusie ter audientie of bij beteekende akte, art. 141, 247.

Het vonnis waarbij de plaatsopneming bevolen wordt is een interlocutoir vonnis. Het zal in de meeste gevallen een eenvoudig bevel of eene beschikking, geene beslissing bevatten. Het zal evenwel als ieder vonnis de gronden moeten inhouden waarop het rust. In het bijzonder moet het inhouden: de aanwijzing van een of meer leden van het collegie welke met de opneming zijn belast, de plaats welke in oogenschouw moet worden genomen en den last dat de daartoe aangewezen leden zich verzeld van den griffier op de plaats zullen begeven ten einde den toestand van die plaats optenemen en daarvan eene akte van bevinding uit te brengen. Eindelijk bepaalt het vonnis, of de aangewezen rechters hunne taak zullen vervullen alleen of met behulp van deskundigen.

Het vonnis moet in het openbaar worden uitgesproken.

Wanneer de plaatsopneming door eene der partijen wordt verlangd, zal het daartoe strekkende verzoek aan het vonnis voorafgaan. Vat men art. 141, waar het van incidenteele vorderingen spreekt, in beperkten zin op en blijft men ook staan bij de beperkte beteekenis welke art. 247 heeft, dan is er geen vorm voor dit verzoek voorgeschreven en verhindert geene wetsbepaling dat het verzoek mondeling geschiede op de terechtzitting, wat door de fransche schrijvers nagenoeg algemeen wordt aangenomen (zie CARRÉ Q. 1140 en de aant. van CHAUVEAU) en ook bij ons door v. D. HONERT en OUDEMAN t. a. p. wordt goedgekeurd. Zeker kunnen daardoor de kosten worden verminderd, maar of dit gevoelen daarom in den geest der wet is, is minstens twijfelachtig en er is, dunkt mij, niet minder te zeggen voor de bewering, dat eene conclusie of eene beteekende akte, naar aanleiding van art. 141 en 247, in den geest is van de wet. Ware er in 't geheel geen tegenspraak te wachten dan zou er ook geenerlei bezwaar tegen die mondelinge instantie zijn; maar dewijl dit toch wel mogelijk en ook toe te laten is, zal een mondeling debat daarover zeker niet met de algemeene regelen van onze procedure strooken en ook evenmin hier als in andere gevallen de beslissing op deugdelijke wijze voorbereiden. Kan dan ook eene beslissing, in geval van tegenspraak op eene mondelinge voordracht gegeven, op grond daarvan al niet aan cassatie onderhevig geacht worden, ik zou toch aan de toepassing van het beginsel omtrent den schriftelijken grondslag der instructie de voorkeur geven. Het ontwerp wijkt hier niet af van den algemeenen regel dien het voor

de incidenteele vorderingen stelt, art. 1 van tit. II in verband met de 9e afd. van den titel.

Het vonnis waarbij eene plaatsopneming wordt bevolen, hetzij dit ambtshalve of op verzoek van eene der partijen geschiedt, is een interlocutoir vonnis. Het beantwoordt in beide gevallen geheel aan de bepaling van interlocutoire in tegenstelling van preparatoire vonnissen in art. 46 § 2 gegeven.

Wanneer de rechter ambtshalve de plaatsopneming beveelt of het daartoe gedaan verzoek niet wordt tegengesproken, dan zal het vonnis eenvoudig een bevel of beschikking inhouden, maar, wijl ieder bevel tot instructie bij vonnis wordt gegeven en dit hier ook uitdrukkelijk door de wet wordt bepaald in art. 219, zoo zal dit vonnis ook aan de daaraan in 't algemeen gestelde vereischten moeten voldoen. Zoo moet het de gronden inhouden waarop het rust. Die gronden zullen hier wel niet veel anders kunnen zijn dan dat het geschil loopt over dezen of genen toestand van eene of andere plaats en dat de rechter de opneming daarvan noodig acht. Kon men al in deze en dergelijke gevallen die gronden wel missen, men zal zich hier dien omslag, tot handhaving van de nuttigheid daarvan in het algemeen, om art. 161 der Grondwet, moeten getroosten. De rechter schijnt er hier te meer op bedacht te moeten zijn om nu niet, opdat het toch vooral aan gronden niet ontbreke, in eene uitvoerige vermelding van den geheelen gang der procedure te vervallen. Dat kan alleen den griffier en den praktizijns wat salaris en schrijfloon en den fiscus wat zegelrecht bezorgen, maar noch de partijen noch de justitie worden daardoor gebaat.

Wat den verderen inhoud van het vonnis betreft, zoo zal het dispositief wel alles moeten bevatten wat in art. 219 als inhoud van het bevel wordt opgegeven. Ware het artikel dus geredigeerd: »Indien het Hof of de Rechtbank, hetzij op verzoek van partijen, hetzij ambtshalve zulks noodig acht, wordt bij vonnis eene plaatsopneming bevolen. Daarmede worden een of meer leden van het collegie welke over de zaak hebben gezeten, belast en in het vonnis aangewezen. Ter uitvoering van dien last begeven zij zich verzeld van den griffier op de plaats welke in het vonnis is aangewezen, nemen den toestand daarvan op en brengen daarvan eene akte van bevinding uit. Zij zijn bevoegd zich bij hunne verrichtingen door deskundigen te doen bijstaan", dan zoude het vonnis eenvoudig kunnen volstaan met eene opneming te bevelen van de aangewezen

plaats door de daartoe benoemde commissarissen en deze zouden uit de wet vernemen wat zij dientengevolge te verrichten hadden. De taak van den wetgever en die van den rechter ware dan beter onderscheiden. Dan werd ook aan de commissarissen overgelaten of zij zich van deskundigen zullen bedienen of niet. Nu moet dit wel eene beschikking in het vonnis worden en zal de rechter die het vonnis wijst, wanneer hij voorzichtig is en bedenkt dat hulp van deskundigen, aanvankelijk niet noodig schijnende, later noodig kan blijken, licht geneigd zijn in zijn vonnis de wet na te schrijven »hetzij alleen, hetzij met behulp van deskundigen", terwijl des wetgevers bedoeling kan geweest zijn, dat die hulp van deskundigen van de bijzondere omstandigheden van het bepaalde geval zal afhangen en met het oog daarop door den rechter daarover bij zijn vonnis moet worden uitspraak gedaan.

Dat de rechters zich van die hulp van deskundigen zoowel bij de opneming zelve als bij het opmaken van de akte van bevinding kunnen bedienen is, al kon de redactie van art. 219 op dit punt duidelijker zijn, goed aangetoond door Oudeman t. a. p. bl. 259 v.

Kan het geheele collegie zich met de plaatsopneming belasten? Wanneer de fransche schrijvers deze vraag bespreken, geschiedt dit gewoonlijk in verband met het feit dat, het geheele collegie zonder voorafgaand vonnis, alzoo eigenlijk officieus, zich op de plaats in geschil heeft begeven (zie Carré en Chauveau, Q. 1141, Boncenne, IV. p. 431—441), en dan schijnt wel geen ander antwoord mogelijk dan dat, ook al meent het geheele collegie het onderzoek te moeten instellen, het bij zijn eindvonnis, daarvan geen gebruik kan maken, indien niet dat onderzoek was bevolen en heeft plaats gehad overeenkomstig het voorschrift der wet. En terwijl nu de wet alleen een opneming kent door tusschenkomst van een rechter-commissaris, moet het antwoord op de gestelde vraag wel in ontkennenden zin uitvallen. Men stelt zich als wetgever aan, wanneer men beweert dat het onderzoek beter aan het doel zal beantwoorden, wanneer alle rechters die over de zaak zelve oordeelen, daarbij zijn tegenwoordig geweest. Het lijdt zeker geen twijfel dat als men maar goed zien en waarnemen kan, men beter ziet door zijn eigen oogen dan door die van een ander. Het geheele middel is juist voor die eigen waarneming gegeven. En toch, de wetgever heeft desniettemin gewild dat aan een rechter-

commissaris het onderzoek zou worden opgedragen èn met het oog op de kosten èn met het oog op den, door de tijdelijke afwezigheid van het collegie, aan andere werkzaamheden onttrokken tijd èn met het oog op de gelijkheid in de rechtsbedeeling die wil dat niet voor sommige justicabelen worde gedaan, wat voor anderen om de meerdere afgelegenheid der zaak niet mogelijk zou zijn. Anders GARSONNET II, p. 585.

Hoe is dit nu bij ons? Wanneer men bedenkt dat de wetgever, na in een vroeger ontwerp van een of twee leden te hebben gesproken, ten slotte de opneming aan een of meer leden wil hebben opgedragen (art. 219) dan zou men geneigd zijn te zeggen dat, terwijl dat grooter aantal leden onbepaald is, het zich tot het geheele college kan uitstrekken, vooral omdat, een rechtbank met drie leden recht sprekende, het aantal leden meer dan twee het geheele collegie omvat. Waarom »een of meerder" en niet »een of twee" indien men geen drie wilde? Toch durf ik dit gevoelen niet omhelzen. De bepaling van art. 219 is niet alleen voor de rechtbanken, maar ook voor andere collegiën, die zooals de Hoven met vijf en de H. Raad met zeven leden rechtspreken, geschreven. Dan laat de verdere redactie van het artikel moeilijk de uitlegging toe, dat het geheele collegie zich met de opneming zou belasten. Een collegie dat zich zelven beveelt iets te verrichten handelt vreemd, de uitdrukkelijke vermelding van dat verzeld zijn door den griffier past daar ook niet bij, en dat er van »het benoemde lid of de benoemde leden" in § 2 gesproken wordt, is ook eer op rechters-commissarissen toepasselijk. Ik ben het daarom met DE PINTO (bl. 352) eens dat »het strijdig zou zijn, zoowel met de letter als met de waarschijnlijke bedoeling der wet, indien het geheele collegie zich verplaatste naar de plaats in geschil, ten einde het onderzoek te bewerkstelligen". Wanneer hij daar echter bijvoegt, dat »het onderzoek daarom niet nietig zou zijn, wanneer het slechts bij vonnis was bevolen, vermits de wet, wel verre van die nietigheid uit te spreken, niet eens een stellig verbod inhoudt", dan ga ik niet met hem mede. Hoe zou hier het uitspreken van eene nietigheid te pas kunnen komen, en waartoe zou een stellig verbod noodig zijn, bij de toekenning van eene bevoegdheid welke de rechter eenig en alleen aan de wet ontleent? Mag hij daarvan dan op eene andere wijze gebruik maken dan op de wijze en binnen de grenzen, waarin de wet hem die toe-

kende? En is niet daardoor van zelf alles wat hij daarbuiten verrichtte, nietig? Zou men hier dan niet van overschrijding van rechtsmacht kunnen spreken?

Kan het rechterlijk collegie, wanneer de op te nemen plaats buiten zijn rechtsgebied ligt de opneming aan het collegie of aan den kantonrechter in wiens rechtsgebied de plaats ligt, opdragen? De meeste fransche schrijvers beantwoorden deze vraag bevestigend. Zij beroepen zich daartoe op de zoo ruim mogelijk gestelde bewoordingen van art. 1035, C. de p., maar BONCENNE, die van een ander gevoelen is, heeft, dunkt mij, de beperkte beteekenis van die zoo ruim schijnende woorden, duidelijk in het licht gesteld (T. IV, pag. 430). Geeft evenwel art. 25 R. O. voor ons niet duidelijk genoeg te kennen, dat de verplichting om aan letteren requisitoriaal gevolg te geven, zoo algemeen mogelijk aan den rechters en rechterl. ambtenaren is opgelegd? En wijst niet de toelichting daarvan door de Regeering gegeven juist op de toepasselijkheid van dat artikel op inspectiën in loco? Ik meen dat het verband waarin en de gelegenheid waarbij op dit voorbeeld werd gewezen, de vraag niet kan beslissen, en dat overigens de toelichting van art. 25 veel meer aantoont, dat het art. eenvoudig de strekking heeft om duidelijk uit te maken, dat niet van de beleefdheid van het eene rechterl. coll. jegens het andere 't voldoen aan letteren requisitoriaal of commissions rogatoires afhankelijk is gesteld, maar dat daartoe eene verplichting is opgelegd. In welke gevallen zal evenwel die verplichting bestaan? Zal dit van de willekeur des requireerenden rechters afhangen? of zal dit daarvan afhangen dat de wet daartoe de bevoegdheid geeft, die althans niet uitdrukkelijk of stilzwijgend uitsluit? Ik geloof het laatste. En dan strijdt de opdracht aan een ander rechter niet alleen met de letter van art. 219, maar ook, gelijk BONCENNE dit, t. a. p., p. 420 zeer juist aangeeft, met den bijzonderen aard van dit middel van bewijs, dat volgens CHAUVEAU (op CARRÉ, Q. 1144) zelven geheel van aard verandert ten gevolge van eene delegatie. De plaatsopneming zal dus door den rechter-commissaris buiten het rechtsgebied van zijn collegie kunnen plaats hebben. Zal men daarom met BONCENNE moeten zeggen: »ici la force des choses fait violence aux règles ordinaires de la compétence; c'est une exception aux articles 1317 et 1318 du C. C." (art. 1905, 1906 B.-W.)? Men geeft daarmede veel meer toe dan

noodig is aan de tegenstanders die hun gevoelen ook daarop gronden, dat de delegatie door een beginsel van openbare orde, van organisatie en competentie zou worden gevorderd. CHAUVEAU op CARRÉ, Q. 1144. Neen! dit is onjuist; men vergeet dat de bevoegdheid des rechters van de wet afhangt en vooral dat de rechter, waar hij krachtens de wet optreedt tot het plegen van een handeling van jurisdictie, in het geheele land optreedt in naam van een en hetzelfde Souverein gezag. Waar staat het geschreven, dat een rechter geen ambtelijke handeling mag verrichten buiten zijn territoriaal rechtsgebied, terwijl dat rechtsgebied alleen strekt tot bepaling van de gedingen die voor hem gebracht of de verzoeken die aan hem gedaan kunnen worden?

Uitvoering van het vonnis.

De uitvoering van het vonnis is aan partijen overgelaten en dus van deze afhankelijk.

Nadat het aan de tegenpartij van wege den verzoeker of van wege de meest gereede partij aan de andere is beteekend, verzoekt de meest gereede partij aan de commissarissen bepaling van plaats, dag en uur der opneming, welke geschiedt bij bevelschrift.

Dit bevelschrift wordt bij akte van procureur tot procureur beteekend; de beteekening geldt als oproeping, art. 219, § 2, 3.

De rechter beveelt de plaatsopneming om tot oordeelen in staat gesteld te worden in 't belang van de partijen, die zijn oordeel hebben gevraagd. Laten deze het rechterlijk bevel onuitgevoerd liggen, het gezag des rechters lijdt daaronder niet en wat de gevolgen nadeeligs kunnen opleveren, dat nl. het proces geen voortgang heeft, ondervinden de partijen. Wil men het beginsel van 's rechters lijdelijkheid zoo ruim mogelijk ook bij de instructie van het proces toepassen, dan wordt, door de uitvoering van dit vonnis aan de meest gereede partij over te laten, het voortzetten zoowel als het aanleggen van een geding van de partijen afhankelijk. Maar de rechter zou niet ingrijpen in de rechten der partijen, wanneer hij, nu hij op verzoek van een hunner of zelfs ambtshalve een instructie voorschrijft die hem tot oordeelen in staat kan stellen, die hem alzoo in staat zal stellen om te doen wat partijen van hem verklaard hebben te verlangen, al dadelijk bepaalt, op welken tijd en plaats de opneming zal geschieden. De beteekening van het vonnis en een verzoek aan de commis-

sarissen zooals thans is voorgeschreven, kan, als onnoodig omslag en kosten veroorzakende, worden vermeden. Verg. Ontwerp art. 76. Voorstel HARTOGH art. 219 nieuw derde lid. Het vonnis, waarbij de plaatsopneming wordt bevolen moet aan partijen bekend zijn en ligt het nu niet meer aan hen om het geding zoolang te rekken als zij verkiezen, het gemis van deze vrijheid zal hun niet schaden, wijl dat rekken in den regel minder door de partijen zelve verlangd dan door de praktizijns bevorderd zal worden. Reden te minder om er gelegenheid toe te geven.

Komen de partijen, dat zijn ook hier hare vertegenwoordigers, niet op, de plaatsopneming geschiedt buiten tegenwoordigheid van de niet opgekomenen, wat ook nu het geval is; want de beteekening van het bevelschrift, hetwelk thans inhoudt wat het vonnis zelf zou kunnen inhouden, geldt als oproeping, en van verstek verleenen kan hier geen sprake zijn. Door hun wegblijven kunnen partijen niet verhinderen dat de rechter eene werkzaamheid verrichte, welke hij, zij het in hun belang, toch ook om aan den hem opgelegden ambtsplicht te voldoen, bevolen heeft.

Zoo is alles tot het onderzoek voorbereid, hetwelk dan op den bepaalden tijd en plaats door de commissarissen wordt ingesteld. Maar de rechter kan bij het vonnis bevelen, dat de opneming zal geschieden met behulp van deskundigen. Door wien worden deze benoemd? hoe komt hunne benoeming te hunner kennis? door wie en hoe worden zij opgeroepen? moeten zij beëedigd worden? dat zijn alle vragen die de wetgever onbeantwoord laat. Het gaat niet aan om te zeggen, dat al die vragen hare beantwoording vinden in de volgende afdeeling, waarin over het bericht van deskundigen wordt gehandeld. Want dat is een zelfstandig bewijsmiddel. Daar worden de deskundigen geroepen om een onderzoek in te stellen over onderwerpen tot welks recht begrip eene technische kennis wordt vereischt, welke de rechter niet heeft. De deskundigen treden daarbij zelfstandig op en geven van hunne bevinding aan den rechter een bericht. Hier, bij de plaatsopneming, is het de rechter die het onderzoek instelt, die van zijne bevinding verslag uitbrengt en die alleen bij dat zijn onderzoek of het in schrift stellen zijner bevinding de hulp van een deskundige inroept. Om een voorbeeld te noemen: daar is geschil over eene erfdienstbaarheid van niet hooger te bouwen; in de akte wordt

gesproken »van een vlak van x ellen enz., dat tot y mag worden opgetrokken op eene breedte van x ellen met eene schuinsche helling ineen loopende. Dien toestand van dat vlak enz. kan de rechter wel zien en beoordeelen, maar voor de opmeting zal hij de hulp van een timmerman of architect behoeven, die nu die opmeting onder zijne oogen verrichtende den rechter helpt maar geen oordeel uitspreekt. Is op deze wijze een deskundige tot hulp des rechters noodig, maar wordt er niet, in verband met de plaatsopneming een bericht van deskundigen bevolen, welke samenloop zich ook denken laat, dan komt het mij voor, dat OUDEMAN gelijk heeft, wanneer hij »dezen geheelen bijstand van deskundigen eene geheel buitengerechtelijke zaak noemt alleen in het belang van het benoemde lid of de benoemde leden, ten einde het doel hunner opneming beter bereikt worde". I, bl. 160. De wetgever zou dan ter wegneming van allen twijfel de bevoegdheid uitdrukkelijk gegeven hebben, een twijfel alleszins gerechtvaardigd, als de met de plaatsopneming belaste rechter zich bij zijn oordeel ging beroepen op inlichtingen die hij verkregen had met behulp van personen tot welker verneming hij niet werd gemachtigd. Zie ook GARSONNET II, p. 585.

Art. 219 zal dan dus moeten worden verstaan, dat bij het vonnis, hetwelk de plaatsopneming beveelt, tevens wordt bepaald, of de commissarissen kunnen handelen al of niet met behulp van deskundigen. De redactie der bepaling geeft er wel aanleiding toe dat het vonnis, door de woorden der wet over te nemen, de inroeping zelve van die hulp geheel aan de commissarissen overlaat. De commissarissen bepalen toch ook datgene wat tot uitvoering van het vonnis in het geheel noodig is. De commissarissen voorzien zich dan van de hier bedoelde hulp buiten partijen om; deze doen den deskundige op aangegeven tijd en plaats verschijnen door eene formeele oproeping waarmede zij een deurwaarder belasten als dit hun noodzakelijk voorkomt, en dan valt ook de noodzakelijkheid van beëediging en de wraking van zoodanigen deskundige weg, wat met de hen hier opgedragen bezigheid zich volkomen verdraagt. Ik geloof dat OUDEMAN dit goed heeft ingezien en dat DE PINTO II, 1, bl. 353, min juist de beëediging (en daarmede waarschijnlijk ook andere bepalingen uit de achtste afdeeling) hier toepasselijk acht. Het argument aan artt. 224 en 228 ontleend is niet veel meer dan eene petitio principii, en art. 101 doelt,

m. i., duidelijk op een formeel bericht van deskundigen. Aan een onwillekeurig verzuim kan het niet eischen van beëediging hier niet zóó stellig worden toegeschreven, omdat de hulp van deskundigen van eenen anderen aard is dan het bericht. Nietigheid kan het ontbreken der beëediging volgens DE PINTO zelven hier niet ten gevolge hebben. Daardoor verliest de vraag haar praktisch belang tenzij men aan den eed van deskundigen, ook waar zij slechts hulp verleenen, bijzondere waarde mocht hechten. Over die nietigheid zou men evenwel, waar men de beëediging op grond van de bepalingen van de volgende afdeeling noodzakelijk acht, nog weder in gevoelen kunnen verschillen. Acht men die bepalingen bij analogie toepasselijk, en dit is DE PINTO's meening, dan brengt hare niet-inachtneming geen nietigheid mede, acht men ze toepasselijk omdat de wet hier van deskundigen spreekt en hier dus niet behoefde bepaald te worden, wat bij de behandeling van dit onderwerp zelf in de volgende afd. wordt vastgesteld, dan is van de niet-opvolging dezer voorschriften, ook bij deze gelegenheid, nietigheid het gevolg. Cf. PENNINK ad art. 219.

Het Ontwerp voorziet in deze vragen door de deskundigen, die bij eene opneming hulp verleenen geheel op ééne lijn te plaatsen met die van welke een bericht wordt verlangd. Art. 78 en de toel. bl. 157. Ik twijfel of dit jure constituendo juist is. De oproeping der deskundigen, welke bij art. 78 aan de meest gereede partij wordt overgelaten, terwijl partijen zelve krachtens de uitspraak alleen en zonder oproeping verschijnen, komt mij ook uit een praktisch oogpunt minder juist voor. Wordt dan ook niet de werkzaamheid des rechters ter aangewezen plaatse van de diligentie der partijen afhankelijk gemaakt? Is dit met eene behoorlijke rechtspraak vereenigbaar?

Uitkomst van het onderzoek. De rechters-commissarissen doen een verslag van hunne bevinding opnemen in een door den griffier op te maken proces-verbaal van alles wat op de plaats voorviel.

Van dit proces-verbaal doet de meest gereede partij aan de wederpartij een afschrift beteekenen met oproeping om voort te procedeeren, bij akte van procureur tot procureur, art. 220.

Dat de handelingen, welke de griffier in het proces-verbaal moet opnemen, iets anders zijn dan het verslag dat de rechter

moet uitbrengen is duidelijk, maar dat het proces-verbaal, dat opgemaakt wordt van alles wat er voorvalt, tevens de bevinding des rechters moet bevatten, nu daarvan bij akte moet blijken, spreekt niet minder van zelf. De griffier verzelt juist daarom den rechter opdat hij, gelijk zijne betrekking medebrengt, schrijve wat er te schrijven valt. Maar dit bestaat eensdeels in hetgeen hij zelf ziet en hoort, anderdeels in hetgeen de rechter heeft gezien en bevonden en dit laatste moet hem natuurlijk door een rechter worden opgegeven.

Onze wet is minder nauwkeurig, als zij de akte van bevinding formeel schijnt te scheiden van het proces-verbaal. De fr. Code was min nauwkeurig, toen hij het proces-verbaal deed opmaken door den rechter-commissaris, vooral daaraan denkende dat het voornaamste gedeelte van den inhoud door hem wordt geleverd en dat de griffier, van wien de Code niet spreekt, des rechters handelingen opschrijft. Verg. DE PINTO I, 1 § 166, bl. 354; OUDEMAN I, 106; v. D. HONERT, Formulierboek, formulier n°. 100, aant. *j.* [5]. Naar den Code is de rechter de auteur van 't procesverbaal daarin zelf handelend optredende, de griffier alleen manus ministra. Zie CHAUVEAU—GLANDAZ p. 119, n° 116.

Dat de wetgever zich de zaak niet anders heeft voorgesteld blijkt, m. i., duidelijk daaruit, dat het proces-verbaal bij afschrift beteekend wordt en daarop wordt voortgeprocedeerd. Daarbij mag het nu voor de partijen niet onverschillig zijn om te kunnen nagaan of de vereischte formaliteiten hebben plaats gehad, maar de bevinding des rechters zal toch wel de stof voor het verder debat opleveren. Ook zou ik dus niet met OUDEMAN en DE PINTO van oordeel zijn, dat de akte van bevinding in het proces-verbaal m a g opgenomen worden, maar gerust durven beweren, dat dit m o e t geschieden. Verg. Ontwerp art. 79, j° 76, § 1.

De beteekening staat in nauw verband met de herhaalde oproeping bij avenir, om duidelijk te maken waarop men voortprocedeert; de oproeping is 't gevolg daarvan dat de zaak niet meer op de rol is. Ook dezen omslag voorkomt het Ontwerp door te bepalen dat bij het vonnis, waarbij de opneming bevolen wordt, tevens de termijn moet worden bepaald, binnen welken het procesverbaal ter griffie moet worden nedergelegd en de t e r e c h t z i t t i n g, waarin partijen zullen worden toegelaten voort te procedeeren. Dan blijft de zaak op de rol en ieder van de partijen kan

van het proces-verbaal kennis nemen ter griffie. Hetzelfde bepaalt het Ontwerp HARTOGH, t. a. p. Dat het proces-verbaal ter griffie wordt neergelegd wordt thans in de wet niet gezegd. Het is evenwel duidelijk. Het volgt uit den aard der zaak, omdat het procesverbaal tot het archief van het collegie behoort en uit de wet, omdat men niet zou weten, van waar anders dan van den griffier partijen een afschrift zouden bekomen.

Kosten. De reiskosten worden door de partij die de opneming heeft verzocht voorgeschoten en ter griffie overgebracht.

Wordt de plaatsopneming door den rechter ambtshalve bevolen, dan bepaalt hij tevens door welke partij de kosten moeten worden voorgeschoten, art. 221.

De reiskosten, welke moeten worden voorgeschoten, zijn die van de rechters en den griffier en van den deskundige die tot hulp der rechters medegaat. Het bedrag daarvan regelt zich voor de rechters, raadsheeren en griffiers, naar het K. B. van 5 Januari 1884, n°. 64. Voor den deskundige geldt de bepaling van art. 63 van het Tarief. In Frankrijk wordt voor de rechters en griffiers het decreet van 1811 omtrent de crimineele justitiekosten toegepast, bij gebreke van andere bepalingen. Zie GARSONNET, II, § 354, n^t. 9. De toepasselijkheid van de wet van 1874 n°. 66, welke bij ons het decreet van 1811 verving, wordt door art. 1 van die wet en door het K. B. van 1884 uitgesloten. Het ware niet overbodig, dat art. 221 niet alleen van reiskosten maar ook van verblijfkosten had melding gemaakt, omdat deze bij de regeling van dit onderwerp steeds plegen onderscheiden te worden. Zie tarief art. 29 lett. *c* en 43, lett. *l* en *m* en het K. B. van 1884. De voorgeschreven overbrenging ter griffie is weder eene toepassing van hetgeen we omtrent de griffie opmerkten in Dl. I, bl. 158.

De partij die de opneming heeft verzocht zou kunnen zijn niet alleen die welke gevraagd heeft dat eene opneming bij vonnis worde bevolen, maar ook die welke het bevelschrift van commissarissen heeft gevraagd. In art. 221 § 1 kan evenwel niet anders dan de eerstgenoemde bedoeld zijn, want ware de laatstgenoemde bedoeld, § 2 zou overbodig wezen, omdat ook altijd, al is de opneming ambtshalve bevolen, de rechter tot de opneming

niet overgaat zonder aanvraag van de partijen. Het komt mij voor dat onze wetgever door de bijvoeging van deze tweede § niet gelukkig is geweest in het beslissen van den strijd die, bij hare ontstentenis, de fransche commentatoren verdeeld hield. Hij had beter gedaan zich bij de meerderheid (cf. CARRÉ, Q. 1154 en BONCENNE, t. IV, p. 446, aangehaald door CHAUVEAU; zie ook GARSONNET, II, p. 588 en n[t]. 23), aan te sluiten en de wet in dien zin te verduidelijken, dat de kosten altijd moeten worden voorgeschoten door de partij die het bevelschrift van commissarissen vraagt. Dergelijke bepaling ware, en daarop konden ook de fr. commentatoren zich beroepen, geheel in overeenstemming met art. 5 tit. XXI der ordonn. »Les Commissaires ne pourront faire la descente sans la requisition de l'une des parties"; (waarop JOUSSE aanteekent: »dans le cas même où cette descente aurait été ordonnée d'office") »et sera tenue la partie requirante de consigner les frais ordinaires". Wanneer de opneming op verzoek van eene der partijen is bevolen, dan zal ook wel deze de meest gereede zijn om de uitvoering uit te lokken. Deed zij het niet, de andere partij kan afwachten en indien zij 't in haar belang acht, kan ook zij het bevelschrift vragen, maar dan is 't ook niet meer dan billijk, dat zij de kosten voorschiet. Wanneer de opneming ambtshalve is bevolen, doet de meest gereede partij zich eo ipso als de meest belanghebbende kennen; dan is 't billijk dat ook zij de kosten voorschiet en zoo behoefde men niet door den rechter in het vonnis doen te kennen geven welke der partijen hij als de meest belanghebbende beschouwt. Zie NOORDZIEK 1827/28, I, 2, bl. 407 op art. 71, bl. 551 ad art. 71; V. D. HONERT ad § 221. Verg. LIPMAN W. v. B. R. bl. 102. Nu zal, wanneer in het geval van art. 221 § 2 de eene partij de opneming verlangt, terwijl aan de andere het voorschieten van de kosten werd opgelegd, kunnen blijken, dat de belanghebbende een ander is dan die de rechter daarvoor hield, en als dan die belanghebbende het advies der Regeering volgt (NOORDZIEK t. a. p. bl. 551) dan zal zij de tegenpartij nog door executie van het vonnis tot het doen van het voorschot noodzaken. Aller belangen zullen zeker het best gediend zijn, als de ontstentenis van consignatie eenvoudig dit gevolg heeft, dat de rechter tot de plaatsopneming niet overgaat. Verg. DE PINTO bl. 355. In het Ontwerp wordt in art. 80 § 2 met zoovele woorden aan de wederpartij de bevoegdheid ge-

geven om door tenuitvoerlegging van het vonnis de partij aan welke het voorschot opgelegd is, daartoe te noodzaken. Mij dunkt men behoort zich met de sanctie van 's rechters bevel, in § 3 van art. 80 uitgesproken, tevreden te stellen.

§ 97. BIJ DEN KANTONRECHTER.

Wanneer en hoe?

De kantonrechter eene plaatsopneming noodig achtende, is bevoegd die ambtshalve of op verzoek van partijen te bevelen.

Hij bepaalt in het vonnis tijd en plaats van de opneming; bij de opneming wordt hij vergezeld door den griffier, die de minuut van het vonnis waarbij de verrichting bevolen is, moet medebrengen.

De griffier maakt van de opneming proces-verbaal op, hetwelk door hem en den kantonrechter wordt geteekend. Dit geschiedt evenwel niet in zaken die niet aan hooger beroep zijn onderworpen; de bevinding des rechters wordt dan van zelf een der motieven van zijne uitspraak.

De partijen worden na afloop der verrichting gehoord. Dit kan op de plaats zelve geschieden, als wanneer de kantonrechter dadelijk aldaar de hoofdzaak beslissen kan. Art. 101 § 1 en 4.

Gaf de fransche wetgever, door de wijze waarop hij de rechtspleging voor de vredegerechten van die bij de collegiën had gescheiden, en door de ontstentenis van algemeene bepalingen als bij ons in tit. I zijn opgenomen, tot herhaling van gelijkluidende voorschriften en ook wel tot verwarring aanleiding, onze wetgever heeft, met den algemeenen eersten titel en door het verband dat hij in art. 125 tusschen de onderwerpen van den II[den] en III[den] titel trachtte te maken, niet altijd op voldoende wijze in alles voorzien.

De wetgever van 1830 had in art. 88 de kortheid wèl betracht, maar ging blijkbaar van de onderstelling uit dat de plaatsopneming altijd met een verhoor van deskundigen gepaard zou gaan. In dienzelfden gedachtengang maakte art. 115 W. 1830 op de procedure voor de kantongerechten toepasselijk de bepalingen van den 3[en] titel opzichtelijk de wraking van deskundigen BIJ PLAATSOPNEMING EN BEZICHTIGING en vervielen deze laatste woorden »omdat een onderzoek van deskundigen, ook in andere gevallen, bij de kantongerechten zou kunnen plaats hebben, vooral nu

hunne rechtsmacht zoozeer is uitgebreid", v. D. HONERT § 125, bl. 243. Zoo werden de artt. 41 en 42 van den Code de pr. wel saamgetrokken, maar de duidelijke onderstelling van art. 41, dat de deskundigen eerst dan te pas kwamen als »l'objet de la visite ou de l'appréciation exige des connaissances qui soient étrangères au juge" in verband waarmede het bepalingen voorschreef die èn op eene eenvoudige plaatsopneming èn op eene plaatsopneming verbonden met een bericht van deskundigen konden worden toegepast, verviel. Bovendien werd de bepaling van art. 30 C. de p. over het hoofd gezien. Dit laatste werd bij de herziening van 1837 verbeterd, doch de wijze waarop nu de bepalingen van art. 30, 41 en 42 werden saamgetrokken, heeft tengevolge dat de plaatsopneming zeer onvolledig geregeld is. De opmerking van DE PINTO II, § 94 bl. 200, dat de wet van het verslag van deskundigen alleen melding maakt bij gelegenheid van de gerechtelijke plaatsopneming en dat men uit die onnauwkeurigheid niet mag afleiden dat het onderzoek van deskundigen niet anders dan in verband met eene plaatsopneming mag worden bevolen", is volkomen toepasselijk op het W. 1830. Met opzicht tot de wet, zooals zij thans luidt, is zij minder juist en moet men veeleer zeggen, dat van de gerechtelijke plaatsopneming alleen melding wordt gemaakt bij gelegenheid van de bijzondere bepalingen voor het kantongerecht geldend met betrekking tot de deskundigen. Immers in het eerste lid van art. 101, wordt tusschen de drie middelen, die daar genoemd worden, duidelijk onderscheid gemaakt en het hooren van deskundigen staat met de opneming in geen dadelijk verband evenmin als het hooren van getuigen. Het tweede en derde lid zijn uitsluitend op het verhoor van deskundigen toepasselijk terwijl het laatste lid weder op alle drie middelen van toepassing is. De woorden van het tweede lid »bij hetzelfde vonnis" (verg. art. 42 C. de pr.) hebben hunne beteekenis verloren.

Dat de kantonrechter eene plaatsopneming mag bevelen wordt in art. 101 § 1 ondersteld, maar daardoor ontbreekt de uitdrukkelijke bepaling dat hij daartoe ook ambtshalve bevoegd is. Zoo ergens zal hier aan de analogische toepassing van art. 219 wel niet getwijfeld kunnen worden.

De fr. wet zeide uitdrukkelijk in art. 28 dat het vonnis plaats en tijd voor de opneming moet bepalen en verbood daarbij tevens

het beteekenen van expeditie voor het geval dat het vonnis op tegenspraak in tegenwoordigheid van partijen werd gewezen, terwijl dan de uitspraak zelve voor de partijen zou gelden voor oproeping. Eene dergelijke bepaling komt thans alleen met opzicht tot het getuigenverhoor voor in art. 106 § 2. Intusschen is de bepaling omtrent de beteekening in art. 66 voorkomende hier niet toepasselijk en komt het mij voor, dat die beteekening ook uit den aard der zaak overbodig is, tenzij men er belang bij had den termijn van appèl te doen loopen. De verplichting van den griffier om de minuut van het vonnis mede te nemen is een reden te meer voor de onderstelling dat beteekening overbodig geacht wordt. Dit alles zal echter alleen juist zijn, wanneer men mag aannemen dat de rechter in het vonnis tijd en plaats bepaalt, wat ook al niet uitdrukkelijk is voorgeschreven, maar hier in tegenstelling van de procedure bij de collegiën, voor de hand ligt en uit art. 101 § 2 mag worden afgeleid. Dat de uitspraak van het vonnis in tegenwoordigheid van de tegenpartij moet hebben plaats gehad, om de beteekening overbodig te maken, zooals art. 106 dit met opzicht tot een vonnis, hetwelk een getuigenverhoor beveelt, bepaalt, kan ik op grond van dat artikel alleen niet aannemen; een anderen grond weet ik er niet voor aan te voeren.

Is de kantonrechter bevoegd de hulp van een deskundige bij de opneming in te roepen? Indien de tegenstelling, die ik hierboven gemaakt heb tusschen den aard van die h u l p en een b e r i c h t v a n d e s k u n d i g e n juist is, dan zwijgt de wet daarover alweder hier. Men vergete niet, dat in art. 219 daarvan uitdrukkelijk moest gesproken worden omdat het collegie de opneming opdraagt aan een of meer zijner leden en deze daaraan de bevoegdheid ontleenen om de hulp van een deskundige te requireeren. Die bevoegdheid heeft de kantonrechter, die een bericht van deskundigen bevelen kan, a fortiori in zich zelven. Ik aarzel dus niet om wat ik over die hulp van een deskundige en de bijzondere positie van dien deskundige schreef, hier toepasselijk te achten. Wat art. 101 omtrent de beëediging van de deskundigen voorschrijft is zoo duidelijk voor een formeel bericht van deskundigen geschreven, dat daaruit geen bezwaar tegen mijne meening kan worden ontleend.

Dat de g r i f f i e r proces-verbaal opmaakt schijnt in art. 102

alleen voor het geval voorgeschreven, dat er een onderzoek door deskundigen is bevolen. Intusschen is de aanhef van het artikel algemeen en wil het, voor 't geval dat tevens een bericht door deskundigen is bevolen, dat ook dit bericht in het proces-verbaal worde opgenomen.

De rechter heeft van zijne bevinding voor zich geen proces-verbaal op te maken. Immers hij heeft met zijn onderzoek ambtgenooten niet voor te lichten. De rechter zal daarentegen zijne bevinding van de plaats aan de partijen kunnen mededeelen en daardoor tot betere vestiging van zijn oordeel hunne opmerkingen vernemen. En zoo zullen zijne bevinding en de daaruit afgeleide gevolgtrekkingen de motieven worden van zijn vonnis. Is evenwel het vonnis aan hooger beroep onderworpen, dan zal de bevinding zelve en in haren geheelen omvang, bij proces-verbaal geconstateerd, ook te meer geschikt zijn om den hoogeren rechter tot inlichting te verstrekken.

De bepaling omtrent het hooren van partijen en de uitspraak op de plaats zelve is eene eigenaardigheid, welke de rechtspraak van den alleen rechtsprekenden rechter medebrengt en die omslag en kosten verminderen kan. De wet veronderstelt de tegenwoordigheid van partijen bij de opneming en mag die veronderstellen, omdat hun belang hen wel tegenwoordig zal doen zijn. De opneming is evenwel niet van hunne tegenwoordigheid afhankelijk. De rechter zal, al was geen van beide partijen aanwezig, met de opneming kunnen voortgaan, doch hij zal zijne eindbeslissing moeten uitstellen daar deze niet dan na verhoor van partijen kan plaats hebben.

Hoe gaat het met de reiskosten? Art. 221 moet hier wel bij analogie van toepassing zijn. Voor de berekening daarvan, met betrekking tot den kantonrechter, geldt art. 2 van het tarief zoolang de bij art. 36 § 2 R. O. voorgeschreven wet nog niet is uitgevaardigd. Zie art. 5 der wet 1877 n°. 73. Met betrekking tot den griffier geldt art. 2, volgens art. 9 van het tarief. Zie hetzelfde art. 5.

Wij hebben hier alweder meer dan eene leemte in de regeling van het onderwerp aangetroffen, die tot groote ongelegenheid aanleiding zou geven, indien art. 125 eene uitsluitende beteekenis had. Van de bepalingen van den III^en titel omtrent de ge-

rechtelijke plaatsopneming wordt daar toch niet gesproken. Doch de zwarigheid moet hier, door gelijke redeneering als wij in dl. III bl. 227 hebben gevolgd, worden opgeheven.

§ 98. IN VERSTEKZAKEN.

Toegelaten. Geen beteekening.

Is de gedaagde op de dagvaarding niet verschenen en alzoo verstek tegen hem verleend, dan zal, indien de rechter het noodig acht, eene plaatsopneming kunnen worden bevolen, doch dit bevel zal aan den niet-verschenen gedaagde niet beteekend behoeven te worden; de opneming wordt buiten hem om verricht.

»Het geval zal zich zeldzaam voordoen, dat in verstek-zaken eene plaatsopneming wordt bevolen. Onmogelijk is dit echter niet, wanneer bijv. in geschillen over erfdienstbaarheden, afscheiding, afsluiting en andere dergelijke, de plaatselijke gesteldheid den rechter uit de dagvaarding niet voldoende blijkt". Dus terecht de Ontwerper van 1865 in de toelichting op art. 77 van B. II. tit. 2. Voor dat geval bepaalt dan art. 77, in overeenstemming met hetgeen in art. 29 omtrent het getuigenverhoor wordt bepaald, dat het vonnis drie dagen vóór de opneming aan dien niet-verschenen gedaagde moet worden beteekend en dat, bij gebreke daarvan, de opneming niet buiten diens tegenwoordigheid kan plaats hebben. »Verlangt de rechter", dus wordt daarvan de reden opgegeven, »in die gevallen te zijner inlichting, de plaats in geschil op te nemen dan moet dit niet geschieden buiten kennis van den verweerder, vooral als de opneming moet geschieden op bebouwde of onbebouwde erven, waarvan de verweerder eigenaar is of het gebruik heeft". Dat men in dit laatste geval eene beteekening noodig acht, opdat het gerecht niet zonder dat de bezitter vooraf zij gewaarschuwd op het erf kome, laat ik daar, maar waarom in het algemeen de opneming niet zou mogen geschieden buiten kennis van den verweerder (dien ik hier liever gedaagde zou noemen) is niet aangetoond. Wanneer eens verstek is verleend, dan vloeit daaruit voort, dat de rechter zonder den gedaagde te hooren vonnis zal wijzen op den ingestelden eisch en dat wel omdat voorshands aangenomen mag worden dat gedaagde, zonder reden wegblijvende, geen tegenspraak wil doen. Hij is van de verdediging verstoken verklaard, wat zal hij dan

in het geding doen? Is het dan rationeel hem te roepen bij handelingen van instructie, al betreffen die het bewijs, in een geding waarmede hij toonde niet te maken te willen hebben en waarvan hij daarom is uitgesloten? En als daarmede beöogd wordt hem alsnog in het geding te betrekken, door hem de gelegenheid te geven bij de voorgenomen handeling tegenwoordig te zijn, hoe zal hij daar verschijnen? Voor de collegiën na voorafgaande procureurstelling? Maar hoe zal hij daarmede het gepleegd verzuim goed maken? die procureurstelling kan immers nimmer meer op den daarvoor bepaalden tijd gedaan worden! Wil men hem opwekken om tegen het interlocutoir in verzet te komen? Grooter verwarring in de procedure ware niet denkbaar dan hem daartoe de bevoegdheid te geven. Het gevolg is, dat de beteekening hem kennis verschaft van een feit waarmede hij voor 't oogenblik niet te maken heeft. De iure constituendo lijdt het bij mij geen twijfel, of eens 't verstek verleend, het eindvonnis moet buiten den gedaagde om worden gewezen en al wat noodig is om tot dat eindvonnis te komen moet buiten den gedaagde om geschieden tenzij men geheel wil breken met het wezen van het verstek naar de tegenwoordige wet. Daarin heeft evenwel de Ontwerper geene verandering gemaakt en zoo schijnen deze en andere bepalingen eene verduidelijking van het ius constitutum te bevatten naar den zin waarin die bepalingen door meerdere fransche schrijvers plegen te worden opgevat.

Maar, hoe is dan de vraag in jure constituto te beantwoorden? Dat interlocutoire vonnissen, als waarvan hier sprake is, in gedingen voor de rechterlijke collegiën gevoerd, »indien er een procureur in de zaak is", aan den procureur der tegenpartij moeten worden beteekend om ten uitvoer gelegd te kunnen worden, wordt in art. 66 tot regel gesteld. Is er evenwel verstek verleend, dan is er geen procureur van de tegeupartij en de noodzakelijkheid van beteekening bestaat dan, volgens dit artikel, niet.

Voor de procedure bij de kantongerechten ontbreekt eene algemeene bepaling, welke, als art. 66, beteekening voorschrijft. Art. 28 C. de pr. sloot voor de vonnissen die geen eindvonnissen zijn de beteekening uit »quand ils auront été rendus contradictoirement et prononcés en présence des parties". Tweeërlei scheen er dus vereischt te worden om de beteekening overbodig te maken: 1°. er moest op tegenspraak zijn geprocedeerd, 2°. moest het vonnis

zijn uitgesproken in tegenwoordigheid van partijen. En zoo kon uit deze bepaling met eenigen grond a contrario besloten worden, dat een vonnis na een verleend verstek gewezen, hetwelk geen eindvonnis is, beteekend moet worden; art. 20 scheen die redeneering te bevestigen. »On comprend", dus BOURBEAU cont. DE BONCENNE t. VII, p. 832, »que lorsque la mesure d'instruction a été ordonnée par défaut, la signification du jugement est nécessaire, non-seulement parcequ'il est présumé inconnu de la partie défaillante, mais parcequ'en principe un jugement par défaut ne peut être exécuté pendant la durée du délai de l'opposition et que ce délai ne court qu'à partir de la signification". Bij ons ontbreekt evenwel eene algemeene bepaling als van art. 28 en men zou zich alleen op dat de veroordeelingen bij verstek beheerschend beginsel kunnen beroepen, wat wij bij ons in art. 81 gehuldigd vinden. Maar voor de noodzakelijkheid van eene formaliteit is een beroep op een beweerd beginsel niet afdoende. Wij hebben eene wetsbepaling noodig, waarin dat beginsel is toegepast door het voorschrift van de formaliteit. Nu spreekt evenwel art. 81 uitdrukkelijk van een gedaagde, die bij verstek veroordeeld is. Aan hem wordt recht van verzet toegekend, aan hem moet, met het oog daarop, het vonnis beteekend worden. Van eene veroordeeling is evenwel geen sprake, waar eene plaatsopneming bevolen werd. En, al mocht men zich geneigd gevoelen hier ex analogia te redeneeren, deze ontvalt waar de ratio niet dezelfde is. Want van een verzet tegen het vonnis, waarbij eene plaatsopneming bevolen werd, kan geen sprake zijn. Het uitgesproken verstek, ontneemt aan den gedaagde, tegen wien verstek werd verleend, elke verdediging in het tegen hem aanhangig gemaakt geding, omdat hij niet is verschenen en de door hem te voeren verdediging eerst kan plaats hebben door het middel van verzet dat hij tegen het hem bij verstek veroordeelend vonnis zal kunnen aanwenden. Maar nu is hij nog niet veroordeeld en die veroordeeling is niet eens zeker, nu de rechter om te kunnen veroordeelen nog een nader onderzoek door plaatsopneming noodig acht. Zie Dl. II, bl. 210. Is de analogie in art. 81 ver te zoeken, nog eer zou art. 106 eene analogie kunnen opleveren, doch 1° wordt ook deze uitgesloten doordien de wetgever, de algemeene bepaling van den Code weglatende, er alleen bij 't getuigenverhoor eene toepassing van behield; 2°. zou ik zelfs uit art. 106 niet durven besluiten, dat

een vonnis, waarbij een getuigenverhoor in eene verstekzaak werd bevolen, aan de tegenpartij zou moeten beteekend worden. Men verlieze ook niet uit het oog, dat de analogie eerst in art. 106 gevonden wordt, wanneer men daaruit a contrario redeneert, zooals ik op bl. 58 de mogelijkheid onderstelde ten aanzien van art. 28 C. de pr. Doch als dat artikel 106 spreekt van een vonnis dat niet is uitgesproken in tegenwoordigheid van de partij, dan onderstelt het de mogelijkheid van die tegenwoordigheid en dus een geding dat op tegenspraak gevoerd wordt. Van een geding bij verstek gevoerd spreekt het niet en had het niet te spreken omdat daarbij de uitspraak van een incidenteel vonnis in tegenwoordigheid van de tegenpartij niet mogelijk is en eene beteekening aan eene partij die verstek liet gaan is als eene kennisgeving aan iemand met wien men voorshands niet te maken heeft en die aan die kennisgeving niets zou hebben. — Mocht de beteekening van vonnissen, geen eindvonnissen, in verstekzaken eene praktikale usantie zijn, ik zou daarin geen grond vinden hare noodzakelijkheid in de wet te lezen. Verg. v. ROSSEM bl. 116, sub. 6. De iure constituendo kan ik niet met den Ontwerper, art. 77 j°. 27 citt. en de toelichting bl. 149 en 157, de wenschelijkheid van die beteekening inzien. De rechtbank te Amsterdam achtte, bij vonnissen van 9 November 1863, W. n°. 2553, en 25 Januari 1875, Rechtsg. Bijblad 1875 A, bl. 83, een verzet tegen een vonnis waarbij getuigenverhoor in verstekzaak was bevolen niet-ontvankelijk, als naar art. 81 niet toegelaten.

AFDEELING III.

BERICHT VAN DESKUNDIGEN.

TIT. I.

HET BERICHT VAN DESKUNDIGEN ALS BEWIJSMIDDEL.

§ 99. BEGRIP EN AARD.

Het bericht van deskundigen is een naar de regelen eener kunst of wetenschap door in die kunst of wetenschap ervarene personen Begrip.

(des— der zake — kundigen) uitgebrachte meening over in een geding te bewijzen feiten.

Kennis van het recht is een eerste vereischte in den rechter, wiens roeping het is den voor ieder bijzonder geval passenden rechtsregel te vinden. Die kennis wordt bij hem dan ook voorondersteld en, voorzoover zij uit uiterlijke kenteekenen mag worden afgeleid, zijn de eischen voor de benoembaarheid tot het rechterambt bestemd daarvoor den waarborg te geven. Wordt de rechter al bij het vinden van den rechtsregel door de partijen voorgelicht, niet aan die voorlichting ontleent hij zijn rechtskennis, maar aan zich zelven. Curia ius novit.

Tot waarneming en waardeering van feiten, waarvan de toepassing van den rechtsregel afhankelijk is, moet de rechter, wil hij zijn ambt behoorlijk vervullen, eveneens in staat zijn. Hij mag wel geacht worden de daartoe noodige bekwaamheid met het oog op zijn ambt bijzonder te hebben ontwikkeld, maar in dit opzicht kan van den rechter geen uitgebreider kennis worden gevorderd dan van ieder ontwikkeld mensch. Valt de waardeering van feiten buiten deze grens, vereischt zij eene bijzondere technische kennis, de kennis van een of ander bijzonder vak van kunst of wetenschap, andere dan die des rechts, in den ruimsten zin, handel, landbouw en nijverheid daaronder begrepen, dan ligt de voor die waardeering noodige kennis buiten de grenzen van de kennis die het rechterambt als zoodanig vereischt. De rechter zal dan in den regel de voorlichting van der zake kundigen noodig hebben en moet die in den regel zelfs dan inroepen, wanneer hij bij toeval in een of ander bijzonder vak als een deskundige ervaren mocht zijn. Eerst dan zal het door den rechter uit te spreken oordeel dat vertrouwen wekken, wat alleen aan niet slechts bekwame maar ook behoorlijk ingelichte rechters kan worden geschonken. Doch de rechter oordeelt zelf of hij inlichting behoeft en kan een bericht van deskundigen onnoodig verklaren als hij ook die bijzondere vakkennis bezit welke tot de waardeering der feiten in een bijzonder geval vereischt wordt. Toch zal hij daarbij met bijzondere omzichtigheid moeten te werk gaan omdat hij dan aan zich zelven een brevet van deskundige uitreikt, dat hij in de oogen van partijen soms niet heeft, en daardoor een voor hen weinig betrouwbaar oordeel uitspreken zou, maar ook, als zijn vonnis

aan hooger beroep onderworpen is, den hoogeren rechter aanleiding zou geven 's eersten rechters oordeel door een bericht van deskundigen aan eene herziening te onderwerpen. Doch daar zijn een aantal regelen, die tot de bijzondere kennis van een of ander vak behooren en daarom toch bij ontwikkelde en beschaafde personen zóó bekend zijn, dat de rechter ze als van algemeene bekendheid aannemen kan. Zie CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1155 2°. Het Belg. Ontw. drukt het in art. 54 uit door op den voorgrond te stellen: »Si l'appréciation de la cause exige des connaissances qui sont étrangères aux juges". Zie ALLARD Rapport p. 80, kol. 2.

Wanneer de waarde van eene zaak of eene daaraan toegebrachte schade, wanneer de qualiteit van koopmanschappen, wanneer eene grensregeling tusschen twee erven of de hoegrootheid van een stuk land, wanneer de al of niet juiste uitvoering van een werk of andere dergelijke zaken het voorwerp van een rechtsstrijd uitmaken, dan geven deskundigen hun met reden omkleed bericht en stellen zij daardoor den rechter in staat het tusschen partijen gerezen geschilpunt te beoordeelen en uit te maken. In het oordeel door de deskundigen uitgesproken, vindt de rechter de gronden waarop hij in het een en ander geval de waarde eener zaak bepaalt, het bedrag der schade vaststelt, de juiste grens uitmaakt, omtrent het al of niet vervullen van de bij overeenkomst opgelegde verplichting uitspraak doet. Zoo levert het oordeel der deskundigen het bewijs voor het beweerde feit of sluit het de aannemelijkkeid daarvan voor den rechter uit, dewijl de beteekenis van dat feit uit dat oordeel wordt opgemaakt.

Het gevoelen van deskundigen is, als bron waaruit de rechter de gronden put voor zijne overtuiging, aan de bezichtiging, de kennisneming door eigen aanschouwen, nauw verwant. In het eene en het andere geval overtuigt hij zich door zelf te zien. Bij de plaatsopneming is hij ook voor dat zien zelfstandig werkzaam; waar hij deskundigen hoort wordt hem het zelf zien door de toelichting der deskundigen mogelijk gemaakt en is hij daardoor tot zelfstandig oordeelen in staat. De objectieve waarheid welke eene plaatsopneming den rechter verschaft, geeft het bericht van deskundigen wel niet, maar het komt daar toch het naast bij.

De verwantschap, die het bericht van deskundigen heeft met de verklaringen van getuigen, is schijnbaar groot, maar bestaat inderdaad slechts in eene uiterlijke gelijkenis. Ontvangt de rechter

in beide gevallen verklaringen van derde personen, die licht verspreiden over de feiten in geschil, deskundigen plaatsen het voorwerp van den strijd in dat licht waardoor de rechter zelf tot zien en oordeelen over de beteekenis der feiten in staat wordt gesteld. Getuigen geven verklaringen omtrent datgene wat gebeurd is, wat de rechter zelf in physieken zin niet waarnemen kan. Als de getuige reden van wetenschap geeft, dan verklaart hij, hoe het komt, dat hij iets weet, de deskundige zijn gevoelen uitsprekende over hetgeen hij waarneemt, verklaart uitsluitend waarom hij dat meent of weet. Mag men in de verklaring van een deskundige een getuigenis der waarheid zien, men moge hem dan een deskundig getuige noemen, maar vergete niet, dat hij met die qualificatie treedt buiten het genus: getuige, in den rechtskundigen zin van het woord. Verg. BONNIER I nº. 111; DIEPHUIS III, p. 278. Dit neemt niet weg, dat bepalingen welke tot waarborg voor waarheidsliefde moeten strekken op beide, op getuigen en deskundigen, gelijkelijk van toepassing kunnen zijn. Verg. art. 224—228. Men verlieze ook niet uit het oog dat de hoedanigheid van getuige en deskundige in één persoon kan samengaan, wanneer de feiten tot welker beoordeeling eene bijzondere kennis noodig is, door de tot beoordeeling geroepen deskundigen zelven waargenomen zijn.

Ik heb in mijne beschrijving van het bericht van deskundigen liever van hun gevoelen of meening dan van hun oordeel gesproken om niet aanleiding te geven tot de verkeerde opvatting als oordeelden zij over de hun voorgelegde feiten evenals de rechter oordeelt over het hem onderworpen geding. 's Rechters oordeel is bindend, dat van deskundigen niet en blijft daarom, in tegenstelling van het oordeel des rechters, eene meening of een gevoelen.

Bewijskracht. Het bericht van deskundigen kan voor den rechter volledig bewijs opleveren van den aard der feiten in geschil. De rechter is evenwel in geen geval aan het gevoelen der deskundigen gebonden en het staat hem vrij, naar eigen oordeel, andere deskundigen te benoemen indien hij in een eerst uitgebracht bericht de vereischte inlichting niet vindt. art. 235, 236.

»Si le magistrat a ordonné l'expertise, c'est qu'il a senti que ses seules connaissances ne suffisaient par pour fixer son jugement; mais si l'incertitude ou l'ignorance des experts trompent son espoir,

il faut bien qu'il puisse encore chercher à s'éclairer davantage; et s'il était astreint à suivre leur opinion, il faudrait donc qu'en ordonnant l'expertise, il se fût dépouillé de son caractère; qu'il eût asservi sa conscience, et qu'il se fût réduit à n'être plus que l'instrument passif dont les experts se serviraient pour sanctionner leur jugement. Il ne serait plus besoin qu'ils exprimassent leurs motifs de décision, puisqu'en énonçant leur résultat, ils imposeraient à la justice même une loi dont elle ne pourrait s'écarter". Zoo werden de artt. 322 en 323 C. de pr., die wij in onze artt. 235 en 236 terugvinden, door den tribuin PERIN in zijn Rapport aan het Wetgevend Lichaam toegelicht. (LOCRÉ t. XXI, p. 623, n⁰. 42). De verhouding van de deskundigen tot den rechter en hun invloed op de beslissing, welke in 't kort kunnen worden teruggegeven in deze woorden: »les experts ne sont point employés pour dominer, mais pour éclairer la justice", worden daarmede goed uiteengezet. Geheel in overeenstemming met de bepaling, waarop ook PERIN doelt, dat de deskundigen de redenen van hun gevoelen hebben op te geven. Dit wordt zelfs in ons art. 231 zoo algemeen mogelijk voorgeschreven, nog duidelijker, dan in art. 318 C. de pr., hetwelk in dien zin zou kunnen worden opgevat, dat het motiveeren alleen dan noodig zou zijn, wanneer door de deskundigen onderscheidene gevoelens werden uitgebracht.

Eene en andere bepaling zijn het noodzakelijk gevolg van het aan het bericht van deskundigen toekomend karakter van bewijsmiddel dat, 's rechters overtuiging zullende bewerken, uit zijn aard aan 's rechters waardeering onderworpen is en alleen door uitdrukkelijke wetsbepaling en om bijzondere redenen voor hem verbindend kan worden verklaard. Hier zou de rechter de verantwoordelijkheid voor zijne uitspraak die op hem moet rusten op een ander, den deskundige, overdragen. Zelfs waar de deskundigen het eens zijn, moet den rechter het volgen van hun oordeel niet als verplichting worden opgelegd, al moge hij dan minder reden hebben om van hun gevoelen af te wijken. Bestond dàn voor hem de verplichting, er ware ook geen reden om den rechter niet aan 't gevoelen der meerderheid te binden. Terecht werd dan ook door de Regeering op de in eene der afd. van de Tweede Kamer gedane vraag, of de rechter niet aan eene eenparige uitspraak van de deskundigen moest gebonden zijn, geantwoord, dat in geen geval de rechter moest verplicht worden tegen zijne overtuiging te oor-

deelen. »Deskundigen moeten alleen gebruikt worden tot voorlichting, niet tot beslissing". NOORDZIEK Burg. regtsvord. I 1827—1828 bl. 551 op art. 83, v. D. HONERT § 236. Toch is de uitdrukkelijke bepaling van art. 236 (323 C. de pr.) niet overbodig en werd zij terecht in het fransche wetboek opgenomen, te meer dewijl het Tribunaat opmerkte dat het de inlasscbing vroeg »pour prévenir une erreur trop commune". En er was grond voor die dwaling. Niettegenstaande het adagium: »Dictum expertorum numquam transit in iudicium", onderstelt une déclaration du Roi van 2 Augustus 1684, aangehaald bij BONCENNE IV, p. 503, dat de rechters verplicht waren zich aan het oordeel van de deskundigen te onderwerpen en in meer dan eene coutume werd aan de partijen het recht gegeven om van de uitspraak der deskundigen bij anderen in beroep te komen. In Provence had zelfs ieder van de partijen de bevoegdheid om twee malen in beroep te komen, totdat er drie eenstemmige rapporten zouden zijn. Dit schijnt wel het misbruik »au sujet des rapports d'experts qu'on y répète à l'infini", gesignaleerd door D'AGUESSEAU Oeuvres XII. p. 77. Het Hof van appèl te Aix herinnerde dit in zijne aanmerkingen op het ontwerp C. de pr. en dat van Grenoble wees er ook op dat in Dauphiné beroep was toegelaten, totdat er drie rapporten waren uitgebracht. Beide Hoven verlangden zoodanig beroep in plaats van de in art. 322 voorgestelde bepaling en zeer uitvoerig ontwikkelde het Hof van Aix dit verlangen. Het toonde aan dat één beroep niet zou hebben het onmiskenbaar inconvenient aan de vroegere herhaalde beroepen verbonden en dat het niet anders zou zijn dan de toepassing van het beginsel van het onderzoek in twee instantiën dat bij de rechtspraak was aangenomen. Doch het Hof ging daarbij uit van het beginsel dat »les experts sont les juges du fait, comme les tribunaux le sont du droit". Daar is voor dit beginsel wel dit te zeggen dat het, ware 't anders, vreemd moet schijnen, dat de rechter wijzer beweert te zijn dan de deskundige wiens oordeel hij juist heeft ingeroepen over datgeen wat hij uit zich zelf niet beoordeelen kan en omdat hij dit niet kan. Ook kan het denkbeeld dat de man van het vak het eindoordeel hebbe uit te spreken over zaken tot zijn vak behoorende te eerder ingang vinden, wanneer uitoefening van bepaalde vakken alleen wordt toegelaten aan — en kennis van 't vak alleen wordt ondersteld bij hen, die tot het vakgenootschap (gild) behooren, of waar in onderscheiden vakken,

bepaald aangewezen personen als deskundigen optreden »experts-jurés"; al bevatte art. 11 van tit. XXI der ord. 1667 de bepaling: »les juges et les parties pourront nommer pour experts des bourgeois". Verg. BONNIER traité des preuves I. n°. 119. Doch het staat vast, dat de fransche wetgever door, niettegenstaande de opmerkingen van de Hoven, art. 322 te handhaven, het beginsel dat deskundigen, rechters zouden zijn over het feit, heeft verworpen, wat trouwens ook uit art. 318 en vooral uit 323 ten duidelijkste blijkt. Mag men aannemen, wat niet te betwijfelen valt, dat deskundigen, door den rechter voor te lichten hem in staat kunnen stellen om ook over het feit zelfstandig te oordeelen, dan is zeker het beginsel dat op den rechter de geheele verantwoordelijkheid voor zijne uitspraak moet blijven rusten, ook hier terecht gehandhaafd. Uit het gezegde blijkt ook voldoende, hoe men de bepaling van art. 322 (ons art. 235) heeft op te vatten, volgens welke de rechter ambtshalve andere deskundigen kan benoemen »indien de rechter in het bericht de vereischte inlichting niet bevindt". De partijen hebben geen recht op een nader onderzoek, zooals zij dit onder de vroegere rechtsbedeeling hadden; het is niet de vraag of het bericht aan partijen niet bevalt, maar of het den rechter al of niet voldoende inlicht en dit kan hij alleen beoordeelen. Dit neemt niet weg dat de partijen mogen bestrijden het afdoende van het rapport, dat zij op grond daarvan mogen beweren dat het geen voldoend licht geeft, dat derhalve de rechter een nieuw onderzoek noodig zal hebben en dat zij daartoe concludeeren. Zeker, de wetgever had beter gedaan dat ambtshalve weg te laten waaruit nu, door tegenstelling met art. 222, kan worden afgeleid dat het verzoek van partijen zoo zeer is uitgesloten, dat zij zelfs geen conclusien tot een nader onderzoek zouden mogen nemen. Wanneer men maar in het oog houdt dat deze conclusien uitsluitend daarop gegrond kunnen worden, dat de rechter in het uitgebrachte rapport geen afdoende inlichting vinden kan, dan wordt daarmede ook het zelfstandig oordeel des rechters voldoende erkend en is elk denkbeeld aan het recht der partijen op een herhaald onderzoek uitgesloten. (Zie CARRÉ en CHAUVEAU, Q. 1214 en vooral CARRÉ's consultatie onder Q. 1218 2°. medegedeeld; voorts BONCENNE, t. a. p. p. 497; BOITARD, I, p. 520 ad art. 322; GARSONNET, I, p. 581, nt. 22. Het komt mij voor dat DE PINTO II, bl. 366, en OUDEMAN, I, bl. 270, nog tegenover elkander staan, als aanvankelijk ook bij

de fr. schrijvers het geval was; BONCENNE heeft hier t. a. p. het juiste standpunt van beoordeeling aangegeven, waardoor de beide tegenover elkander staande gevoelens tot overeenstemming zijn gebracht).

Ik heb daarom in den tekst opzettelijk van het eigen oordeel des rechters gesproken. In het wetsartikel zou ambtshalve moeten vervallen en kon men de bepaling in den aangegeven zin verduidelijken door te zeggen: »Het staat den rechter vrij om indien hij" enz. En, wilde de wetgever het belang van partijen ook in dien zin behartigen dat hij onnoodige kosten en omslag vermeed, dan kon hij, op 't voorbeeld van Genève, den rechter de bevoegdheid toekennen om de deskundigen hun rapport op de terechtzitting nader te doen toelichten, wat naar onze wet, ingeval dat er onderscheiden gevoelens zijn uitgebracht, en wanneer het juist het meest te pas zou komen, door art. 231 § 2 wordt onmogelijk gemaakt. Genève art. 227 en BELLOT Exp. des mot. p. 196. Zie het Ontwerp van 1865 B. II tit. II art. 73 en de toel. bl. 153, 154.

Uit al hetgeen hierboven omtrent de bewijskracht van het bericht van deskundigen gezegd is volgt dat, indien de rechter van de juistheid der beschouwingen van de deskundigen overtuigd is, hij dit gevoelen mag en moet volgen en dat het in zoodanig geval een volledig bewijs van de aanvankelijk in hunne beteekenis onzekere feiten voor hem oplevert. Art. 236 toont dit voldoende aan en 't mag vreemd schijnen dat de H. Raad dit heeft moeten uitmaken tegenover het argument daaraan ontleend dat het bericht van deskundigen niet in art. 1903 onder de bewijsmiddelen wordt opgenomen (arr. 26 November 1846 W. v. h. R. n°. 790), terwijl de H. R. nog in 1859 een arrest te vernietigen had waarin een der Hoven had beweerd dat een bericht van deskundigen, alleen ter inlichting maar niet tot grondslag van 's rechters overtuiging kan strekken. Arr. 11 Febr. 1859 W. n°. 2034.

Bij arrest van 30 Juni 1892 W. n°. 6233 besliste het Hof te Amsterdam uitdrukkelijk, naar aanleiding van eene grieve door den appellant gemaakt tegen een vonnis der Rechtbank te Haarlem, dat het bericht door deskundigen, ofschoon niet opgenoemd in art. 1903 B. W., niet is een onwettig bewijsmiddel; dat art. 1903 niet omvat alle bewijsmiddelen en dat dit o. a. blijkt uit. 222, B. R., waarbij ik zou willen voegen: in verband met het opschrift der achtste

afdeeling en met zoo menig artikel in de wet voorkomende waarin van bewijs door deskundigen de rede is, waaruit volgt dat het bericht v. d. het middel is waardoor dat bewijs wordt geleverd.

Dat het bericht van deskundigen geen volledig bewijs opleveren kan zou men uit art. 402 W. v. Strafv. kunnen afleiden, waar gezegd wordt dat de rapporten van deskundigen om over de bijzonderheden of gesteldheid eener zaak hun oordeel en hunne bevinding te verklaren alleen kunnen dienen om tot des rechters inlichting te verstrekken. Doch daarmede wordt niet anders gezegd dan dat de feiten waarover deskundigen worden gehoord door hun rapport niet worden bewezen en dat de rechter aan het gevoelen der deskundigen over die feiten niet gebonden is maar, naar hunne voorlichting, zelfstandig oordeelen moet. Wanneer toch de rechter in het rapport de gewenschte voorlichting vindt en zich met het gevoelen van deskundigen vereenigt, dan verklaart hij daarmede dat over de voor hem onduidelijke zaak volkomen licht is opgegaan en de toestand, waarvan hij het bijzonder karakter wilde leeren kennen, is, zooals deskundigen die hebben verklaard. Wat is dit anders dan wat onduidelijk was nu volkomen is bewezen? Zoo zegt ook Carré op tit. XIV, ad rubr., II, p. 594 »on ne peut assigner à l'avis des experts d'autres caractères que ceux de simples renseignements". Maar de reden die hij daarvoor opgeeft is geen andere dan wat art. 236 zegt; »parce qu'un avis n'est qu'une opinion et non pas une décision" en het gevolg is »que le juge ne peut être tenu de s'y conformer, si sa conviction s'y oppose". Voorlichting, geen bindende uitspraak, maar als de voorlichting alles volkomen opheldert en de rechter dit aanneemt dan heeft hij daardoor de juiste kennis gekregen van de feiten welker bestaan wel bewezen was, maar welke hij niet begreep.

Volledig bewijs kan het bericht opleveren indien het 's rechters overtuiging wekt. Maar heeft het het karakter van authentieke akte zoodat de handelingen daarin door de deskundigen vermeld als door hen op tijd en plaats verricht, de tegenwoordigheid daarbij van de partijen enz., als waar moeten worden aangenomen totdat de valschheid daarvan wordt beweerd? Schrijvers en jurisprudentie beantwoorden deze vraag in Frankrijk toestemmend. Zie bij Carré—Chauveau Q. 1223. Ik kan mij met dit gevoelen niet vereenigen. Men moge de deskundigen noemen »des commissaires avoués par les parties ou par la justice", zij worden daarmede geen »officiers

publics" zooals art. 1317 C. C. of »openbare ambtenaren" zooals art. 1905 B. W. tot eene authentieke akte vereischt. Niet duidelijker kon dit gezegd worden dan door PIGEAU, bij CHAUVEAU aangehaald: »Les experts en effet ne sont pas des officiers publics investis de la confiance de la loi". Als hij dan laat volgen: »ils n'ont ce caractère que vis à vis des parties qui les ont choisis, ou qui ont sanctionné, par leur silence, le choix du tribunal" om de onderscheiding goed te maken, dat het rapport wel »entre les parties", maar niet »à l'égard d'un tiers" dat volkomen geloof verdient, dan kon hij niet duidelijker bewijs leveren, dat hij met zijne onderscheiding, even goed als de anderen met hunne absolute uitspraak, staat buiten de wet, die allen voorgeven toe te passen. GARSONNET p. 575 en v. en n^{t}. 37 en 38, beweert dat zij hebben gehandeld »à titre officiel" en wanneer dan de voorgeschreven vormen zijn in acht genomen zegt hij: »toutes les conditions de l'authenticité sont, par conséquent, réunies". Zie echter ook p. 560. Het gevoelen der fransche schrijvers zou kunnen opgaan, indien de wetgever, als VAN DER LINDEN in zijn ontwerp, aangehaald op bl. 31, het bericht van deskundigen tot de openbare geschriften had gebracht.

De beginselen, welke de wetgever omtrent de bewijskracht van het bericht van deskundigen in de bepalingen van het Wetb. v. B. R in toepassing heeft gebracht, zijn alleen dan niet van toepassing 1° wanneer partijen zijn overeengekomen om de beslissing van een feitelijk geschilpunt aan deskundigen optedragen en zich aan hunne uitspraak te onderwerpen; 2° wanneer de wet de uitspraak van deskundigen voor partijen of voor den rechter verbindend verklaart. Het komt mij voor dat dit laatste het geval is bij de expertise bevolen bij de wet van 22 frimaire VII, a. 17 en 18. Immers wordt daar, als middel om de waarde te bepalen, wanneer de opgegeven lager schijnt te zijn dan de koopwaarde, de expertise aangewezen en al wat van den rechter in dat geval gevraagd wordt is het bevelen van de expertise en de benoeming des noods van een der deskundigen, terwijl nog aan het slot van art. 18 de verschuldigdheid van het recht afhankelijk gesteld wordt daarvan »s'il y a une plus-value constatée par le rapport d'experts", terwijl in 't voorgaande lid de kosten ten laste van den verkrijger gebracht worden »lorsque l'estimation", en dit is niet anders dan de estimation van de experts, »excèdera d'un huitieme au moins

le prix énoncé au contrat". Deze grond komt mij meer afdoende voor dan die van het fransche Hof van cassatie, dat de rechter aan het advies van deskundigen gebonden is zoo dikwijls de wet de raadpleging van deskundigen beveelt. Zie GARSONNET p. 580 en nt. 19. Tegen die bewering gelden de bedenkingen van DALLOZ en BONCENNE waarmee CHAUVEAU Q. 1220 zich vereenigt in volle kracht.

Naar onze jurisprudentie wordt de rechter in deze waardeering niet verder gemoeid en worden de verschuldigde rechten en kosten, wanneer de waardeering ten voordeele van het Bestuur is uitgevallen, bij dwangschrift ingevorderd. Verg. VROOM, de Wetg. op de registratie, Zwolle 1869. I bl. 73. BARTSTRA, de Wetg. op de registratie. 1870 Dl. I bl. 155, ad art. 17—19, § 7.

Bij de wet op het recht van successie van 1859 n°. 36 is het, naar art. 38, onbetwistbaar dat de beslissing over de waarde bij de deskundigen berust.

Zoo komt het mij voor dat ook naar art. 1644 C. Civ. de rechter aan het daar bevolen advies van deskundigen gebonden is, niet omdat de wet beveelt dat dit moet worden ingewonnen, maar omdat het deel van den prijs, hetwelk de kooper zich kan doen teruggeven, uitdrukkelijk afhankelijk gesteld wordt van dat advies: »telle qu'elle sera arbitrée par experts." Naar art. 1543 B. W. daarentegen valt die gebondenheid des rechters weg omdat de wet bepaalt dat de rechter dat gedeelte van den koopprijs bepaalt »na deskundigen hierop te hebben gehoord." Verg. ASSER Vergelijking § 757.

Wat verder de gevallen betreft waarin de wetgever een verhoor van deskundigen voorschrijft en den rechter daaraan bindt, zoo is daartoe in de eerste plaats te brengen de bepaling van art. 649 B. W. a. h. e. Immers kent de wet aan den onteigenden eigenaar recht toe op de waarde door deskundigen geschat ofschoon bij de wet op de onteigening ten algemeene nutte het oordeel aan den rechter verblijft, art. 37 dier wet. Ook in art. 675 draagt de wetgever de regeling der schadeloosstelling aan deskundigen op en sluit daardoor 's rechters oordeel uit. Volgens art. 689 moeten door deskundigen de noodige middelen beraamd worden, onder welke beraming wel eene regeling zal moeten verstaan worden zooals de C. C. in art. 662 voorschreef: fait regler par experts les moyens nécessaires. Zie voorts art. 1123 § 3 en 4. Is de rechter volgens art. 1264 niet gebonden aan de deskundigen dewijl de wet wil dat hij den prijs (lees: de waarde) der goederen, na verhoor van deskun-

digen bepale; volgens art. 1605 moet de rechter wel aan de begrooting van deskundigen gebonden zijn. Zie verder W. v. K. art. 275, 464 § 2, 621, 622, in welke laatste artt. begrooting van deskundigen op ééne lijn wordt gesteld met prijscouranten. Anders weder in artt. 521, 524, 564, 619, 639, 661, 714, (waar van bewijs door begrooting van deskundigen gesproken wordt) 715, 716, K. — Bij de toepassing van art. 724 K. verblijft het oordeel aan den rechter omdat de homologatie van het verslag der deskundigen na verhoor van partijen door den rechter verleend wordt of, gelijk art. 320 B. R. bepaalt, de rechter op het verzoek om homologatie, partijen gehoord, zal vonnissen.

In de wet op de onteigening ten algemeene nutte wordt daarentegen het bericht van deskundigen gebiedend voorgeschreven en worden daaromtrent bijzondere bepalingen aangetroffen. Niet minder duidelijk blijkt daar echter uit dat de deskundigen niet boven den rechter worden gesteld. Immers draagt art. 39 uitdrukkelijk aan de rechtbank de uitspraak over de schadeloosstelling op en de bevoegdheid aan de rechtbank in datzelfde art. toegekend om art. 235 B. R. toe te passen kan allerminst een grond zijn om de toepasselijkheid van art. 236 uit te sluiten, te minder omdat alleen de formaliteiten omtrent het bericht van deskundigen bij het Wetb. v. B. R. voorgeschreven, hier niet toepasselijk verklaard worden. Zie art. 32 Wet 1851 n°. 125; verg. art. 66 § 1 a. h. e. art. 70 § 1 en § 3 en 71. Anders moet het oordeel uitvallen bij de toepassing van art. 76. Wanneer daar bepaald wordt, dat de onteigenende tegen de betaling van den prijs door deskundigen te begrooten tot de verkrijging gerechtigd is, dan zal de rechter in geval van geschil, art. 76 toepasselijk achtende de te betalen prijs vaststellen overeenkomstig de begrooting van deskundigen. Hier wordt niet alleen de begrooting der deskundigen verplicht voorgeschreven maar ook de hoegrootheid van den te betalen prijs van hunne begrooting afhankelijk gesteld.

Zoo blijft het bij den regel dat de deskundigen den rechter voorlichten, en dat de rechter oordeelt; de uitzondering, die niet anders dan op grond van den wil van partijen of van den wil des wetgevers in bijzondere gevallen mag worden aangenomen, is dat de uitspraak des rechters aan het oordeel der deskundigen gebonden is.

Maar kan de rechter, buiten de straks bedoelde gevallen, aan

een bericht van deskundigen een boven zijn oordeel staand gezag toekennen, zij het met toestemming van partijen? (*) Zoo gesteld is de vraag er eigenlijk geene. Immers is het niet de rechter en evenmin zijn het de partijen, maar is het alleen de wet die over den aard van een bewijsmiddel uitspraak doet. Toch vindt men daarin, naar het schijnt, in Frankrijk geen bezwaar. Het geval dat men daar als mogelijk onderstelt dat de rechter tot betaling van eene bepaalde som veroordeelt, »si mieux n'aiment les parties à dire d'experts", is eene uitspraak m. i. daarom met de wet niet in overeenstemming, omdat zij niet beantwoordt aan de bepalingen, waaronder de wet alleen aan den rechter de bevoegdheid geeft een bericht van deskundigen te bevelen. Hij begaat daarmede eene zuivere overschrijding van rechtsmacht. En dat in zoodanig geval de partijen een uitspraak van deskundigen verkiezende, op grond van dat vonnis aan de eindbeslissing der deskundigen onderworpen zouden zijn, omdat dat vonnis die eindbeslissing zonder nader onderzoek des rechters aan deskundigen zou hebben opgedragen, dat is met a. 236 in vierkanten strijd. Zie echter CARRÉ Q. 1221.

Een bijzonder karakter heeft het Muntcollegie naar de wet van 1 Juni 1850 Stbl. n°. 25, omtrent het toezicht en de zorg over de zaken der munt, vastgesteld ter uitvoering van art. 175 (thans 178) der Gwet 1848. Wel gelden de uitspraken van het muntcollegie volgens art. 11 dier wet in burgerlijke en strafgedingen als berichten van deskundigen, maar volgens art. 12 moet, in alle burgerlijke en strafgedingen, waarvan de beslissing afhangt van die van een der geschilpunten in art. 10 bedoeld, dit geschilpunt aan de uitspraak van het muntcollegie worden onderworpen. De rechter moge, volgens art. 12 § 3, bevoegd zijn, zoowel wegens gebrek in den vorm, als in geval dat hem de noodige opheldering niet gegeven is, eene nadere uitspraak van het collegie te vorderen, ook moge hij aan de uitspraak van het Muntcollegie niet gebonden zijn; andere deskundigen mogen omtrent hetgeen hem bij uitsluiting in art. 10 is opgedragen, niet worden gehoord. De wijze waarop het onderzoek door het Muntcollegie plaats heeft en waarop het zijn bericht uitbrengt is ook, in afwijking van hetgeen voor het burgerlijk en het strafgeding bepaald is, door de bijzondere bepalingen der wet van 1850 geregeld. Tegenwoordigheid van

*)) Art. 429 C. de pr. (bij ons niet overgenomen) blijft hier buiten aanmerking.

partijen bij het onderzoek en persoonlijke verschijning van de leden van het Collegie voor den rechter zijn uitgesloten. Ook is er geen termijn voor het uitbrengen van hunne uitspraak gesteld.

§ 100. VEREISCHTEN VOOR DE TOEPASSING.

Feiten te waardeeren. Personen te benoemen.

Voor de toepassing van dit bewijsmiddel is noodig dat het geding loopt over feiten voor welker beoordeeling en waardeering de rechter een onderzoek door deskundigen noodig acht, en de aanwijzing van deskundigen.

Vonnis.

Het voorwerp van onderzoek en de daarmede te belasten deskundigen worden aangewezen in een vonnis waarbij de rechter ambtshalve of op verzoek van eene der partijen een bericht door deskundigen beveelt. Art. 222.

Ook hier heeft de wetgever van »verzoek van partijen" sprekende niet anders dan het verzoek van eene der partijen in het oog gehad. Ook hier wordt die uitdrukking in tegenstelling van »ambtshalve" gebezigd. Waar strijdende partijen geen plan hebben om van den strijd af te zien, zal altijd wel een hunner het initiatief nemen om een maatregel van procedure van den rechter uit te lokken; bij 't bewijs zal van zelf de eene meer dan de andere belang hebben en van een verzoek van beide partijen zal moeilijk sprake kunnen wezen. Hoogstens zou een berusten van de eene in het verzoek door de andere gedaan, maar dan toch oneigenlijk, als een verzoek van beide kunnen worden aangemerkt.

De partij die verlangt dat een bericht van deskundigen wordt bevolen zal daartoe in de over de hoofdzaak gewisselde conclusien aanleiding kunnen vinden; ook wel in de gehouden pleidooien. De rechter zal het ambtshalve wel niet bevelen voordat hij de pleidooien gehoord heeft, of na 't onderzoek der conclusiën indien daarop recht gevraagd mocht zijn. Terwijl het verzoek van eene der partijen geen ander groud kan hebben dan deze: dat zij een bericht noodig acht opdat de rechter juist kunne oordeelen en de rechter het ambtshalve bevelen kan, zoolang hij zijn oordeel niet heeft uitgesproken, zoo kan het verzoek door de partij gedaan worden zoolang zij in de gelegenheid is tot den rechter te spreken en alzoo tot aan de sluiting der debatten door het houden van de pleidooien. Het Openbaar Ministerie is alleszins bevoegd om, waar het in zijne

conclusien gehoord wordt den rechter tot het bevelen van een onderzoek door deskundigen te adviseeren. Ook dan kan de rechter het nog bevelen, maar aan de partijen is dan, behoudens de bepaling van art. 328 § 2, de mond gesloten.

Het verzoek wordt gedaan bij eene beteekende akte of bij conclusie ter audientie; arg. art. 247 en 141. Na de wederpartij daarop gehoord te hebben die zich mondeling aan 's rechters oordeel kan refereeren of zijne tegenspraak in eene conclusie moet voordragen, zal de rechter het bevel geven, indien hij het onderzoek noodig, of het weigeren, indien hij het onnoodig acht.

Kan men het verzoek en het vonnis formeele vereischten voor de toepassing van het bewijsmiddel noemen, de inhoud van het vonnis wijst op de materieele vereischten daartoe. Er moet immers een voorwerp van onderzoek zijn en bepaaldelijk moet het proces, zooals het door de partijen aan het oordeel des rechters onderworpen wordt, een voorwerp opleveren waaromtrent het oordeel van deskundigen een door den rechter anders niet te bekomen licht kan verspreiden. Voorts moeten er personen zijn, deskundigen, die het verlangde onderzoek doen. Dat een en ander in het vonnis moet voorkomen, daarmede wordt niet alleen geconstateerd dat de vereischten voor de toepassing aanwezig zijn, maar ook de wijze waarop daarvan moet blijken, wordt er mede aangegeven.

De bepaling van dag en uur der eedsaflegging, welke volgens art. 224 in het vonnis wordt opgenomen, heeft hiermede niet te maken. Dat zij alleen voor de op aanwijzing van partijen bij het vonnis benoemde deskundigen geldt, merkte reeds v. d. Honert op § 224 nt. 1), waar hij tevens het overbodige van dit voorschrift aanwijst. Verg. de Pinto ad § 168, 3°. Anders Oudeman I § 110 bl. 265. Naar het voorstel Hartogh is de hier gewraakte bepaling van art. 224 voor toepassing vatbaar geworden, doordien de partijen zich binnen acht dagen na de uitspraak over de deskundigen zullen hebben te verstaan. Zie het gewijzigd art. 223. Nu kan met goed gevolg de dag der eedsaflegging in het vonnis bepaald worden. — Het vonnis waarbij het bevel wordt gegeven bepaalt bovendien den termijn binnen welken het bericht ter griffie moet worden overgebracht. Art. 232 § 1.

TIT. II.

DE TOEPASSING VAN HET MIDDEL. — PROCEDURE.

Zal het bericht van deskundigen aan zijn doel beantwoorden, dan moeten de deskundigen niet alleen bekwame maar ook vertrouwbare personen zijn. Voor den rechter niet alleen; ook voor de partijen. Heeft de rechter voorlichting noodig, het bijzonder belang van de partijen is in 't geschil betrokken. Zij moeten er op kunnen vertrouwen dat de feiten waarvan hun recht afhankelijk is voor den rechter in het juiste licht worden gesteld. De personen die zij als deskundigen verlangen, zullen ook voor den rechter aannemelijk zijn. Daaruit verklaart zich de invloed welken de wet aan de partijen op de keuze toekent. Keuze van getuigen is geheel aan de partijen overgelaten. Want deze kunnen den rechter slechts toevallig bekend zijn of ten gevolge van eene inquisitie in der partijen bijzondere zaken, welke buiten zijn roeping ligt. Keuze van deskundigen had de wetgever des noods uitsluitend aan den rechter kunnen opdragen.

Een ander waarborg voor der deskundigen betrouwbaarheid ligt in de aan partijen toegekende bevoegdheid om de benoemde deskundigen te wraken en wettelijk ook in den door hen afgelegden eed. Voorts wordt deze bepaald door de wijze waarop het onderzoek ingesteld en het bericht opgemaakt wordt. Dit alles, wat de toepassing van het middel betreft, wordt beheerscht door de regelen van procedure welke daarbij zijn in acht te nemen.

De punten die in dezen titel te bespreken zijn betreffen het bericht en zijne voorbereiding, welke ons achtereenvolgens te bespreken zullen geven: I. de benoeming; II. de wraking; III. de eedsaflegging; IV. de verplichting der deskundigen tot onderzoek; V. het onderzoek; VI. het bericht. De procedure, welke in verband met de aan het bericht van deskundigen toegekende bewijskracht op het uitgebracht bericht volgt, blijft ons dan nog te behandelen over. Daaraan wijd ik eene afzonderlijke §, en bespreek daarna de procedure bij den kantonrechter.

§ 101. HET BERICHT EN ZIJNE VOORBEREIDING.

I. Benoeming der deskundigen.

Het onderzoek wordt door den rechter aan drie deskundigen opgedragen, tenzij beide partijen verzoeken, dat dit aan één geschiede.

Zijn de partijen overeengekomen omtrent den persoon of de drie personen, welke zij als deskundigen verlangen benoemd te zien, en hebben zij van dit verlangen op de terechtzitting doen blijken, dan worden de door haar aangewezen personen benoemd.

Is dit het geval niet, dan benoemt de rechter de deskundigen naar eigen goedvinden en beveelt dat deze tot het onderzoek zullen overgaan indien partijen niet binnen drie dagen na de beteekening van het vonnis, zich over de deskundigen hebben verstaan en daarvan door verklaring ter griffie hebben doen blijken. 222 § 3, 223.

De overwegende invloed aan de partijen toegekend op de benoeming der deskundigen, zoowel wat hun aantal betreft als de te benoemen personen, is, wat althans het laatste aangaat, geheel in overeenstemming met het bijzonder belang dat in het burgerlijke geding betrokken is. Ofschoon de deskundigen den rechter moeten voorlichten, behoeft deze niet te vreezen, dat partijen deskundigen zullen benoemen die onbekwaam of onbetrouwbaar zijn en mochten zij blijken eene min gelukkige keuze te hebben gedaan, dan ligt het correctief in de bevoegdheid aan den rechter bij art. 235 toegekend en de partijen ondervinden de gevolgen in den langeren duur en de meerdere kosten van het proces. Of er één of drie noodig zijn, zal van den aard der te onderzoeken feiten afhangen en kon daarom aan het oordeel des rechters zijn overgelaten, maar, terwijl men gerust mag onderstellen, dat drie wel altijd voldoende zullen zijn, wordt daardoor een staken van stemmen zoo niet voorkomen toch beperkt. Dat de partijen over alle drie moeten overeenkomen, wat onze wetgever uit den Code art. 304 overnam, verdient verre de voorkeur boven het stelsel van de Ordonnantie van 1667, volgens welke elk der partijen één benoemde terwijl, als deze twee 't niet eens konden worden, door den rechter een derde benoemd werd. Dit veroorzaakte niet alleen omslag, daar in den regel ieder van de partijen een deskundige benoemde van wien zij vermoedde gelijk te zullen krijgen, maar een eenstemmig advies was op die wijze ook niet licht te verwachten; eerder daarentegen dat de rechter drie onderscheiden adviezen kreeg. Zie art. 8, 9, 13 der Ord. Cf. TREILHARD Exposé des motifs bij LOCRÉ XXI. p. 544 n. 46. Onze wetgever heeft ditzelfde beginsel bij de benoeming van scheidsmannen gevolgd, maar het oudfransche stelsel van benoeming van deskundigen is in fr.

wetten vóór den Code de pr. uitgevaardigd behouden gebleven en met die wetten ook nog bij ons in zwang. Zie art. 18 wet 22 frimaire VII. Bij de wet op het recht van successie van 1859 n°. 36 is in art. 38 het stelsel van het Wetb. v. B. R. aangenomen. In zake van onteigening ten algemeene nutte draagt de wet de benoeming der deskundigen aan den rechter op en laat ook aan hem over hun aantal, mits in oneffen getale, te bepalen, artt. 27, 66, 70 Wet 1851 n°. 125.

De terechtzitting, waarop partijen van hunne overeenstemming omtrent de te benoemen deskundigen en hun aantal doen blijken zal wel die zijn, waarop zij door het nemen van conclusien, en des noods gehouden pleidooien, het verzoek om een bericht van deskundigen te bevelen aan 's rechters oordeel onderwerpen. Dan kunnen de door partijen aangewezenen bij het vonnis benoemd worden, maar ook als die aanwijzing niet heeft plaats gehad en in 't geval de rechter ambtshalve het bericht beveelt, zal de benoeming bij het vonnis plaats hebben, terwijl dan aan de partijen nog de gelegenheid wordt gegeven om binnen drie dagen zich over de deskundigen te verstaan en daardoor de benoeming van den rechter buiten gevolg te stellen.

De beteekening van het vonnis, welke dien in art. 223 § 2 aangewezen termijn van drie dagen doet loopen, hangt als altijd van de meest gereede partij af.

Vrij algemeen zijn de fransche schrijvers (zie bij Chauveau en Carré Q. 1160) van oordeel, dat minderjarigen en anderen, die de vrije beschikking over hunne goederen niet hebben, geen overeenkomst over te benoemen deskundigen kunnen aangaan en dat waar dergelijke personen partijen zijn, de rechter altijd ambtshalve de deskundigen zou moeten benoemen. Zoo zijn sommige hunner ook van oordeel dat in zoodanige gedingen het bericht niet aan één deskundige zou mogen worden opgedragen. Carré t. a. p. Q. 1159. Dit is ook het gevoelen van Garsonnet § 346 II. p. 556, § 349, p. 567. De voogd zou, zegt men in dit laatste geval, niet bevoegd zijn den minderjarige te berooven van het voordeel dat de wet hem verzekert doordien drie deskundigen meer licht over de zaak zullen verspreiden. Daargelaten dat dit laatste van het bijzonder geval afhankelijk is en dat de wetgever de keus van één juist daarom toelaat omdat één voldoende kan zijn en partijen dan de kosten van drie kunnen vermijden, zie ik niet in, op welken

grond de voogd, die bevoegd is voor den minderjarige het proces te voeren, niet bevoegd zou zijn om van een middel van instructie gebruik te maken of daartoe mede te werken, zooals hij dit in het belang acht van den minderjarige, wiens belangen hij ook bij het voeren van een proces heeft te behartigen als zijne eigene. Analogie te zoeken in het verbod om eene dading aan te gaan of eene zaak aan scheidsmannen op te dragen, is wat ver gezocht, indien 't al aanging dergelijk verbod bij analogie uit te breiden.

De deskundigen kunnen gewraakt worden om dezelfde redenen als getuigen. De door partijen of op hare aanwijzing door den rechter benoemde kunnen alleen gewraakt worden, indien de redenen van wraking zijn opgekomen nà de benoeming en vóór de eedsaflegging. II. Wraking.

Wraking van ambtshalve benoemde deskundigen moet worden voorgesteld binnen drie dagen nadat hunne benoeming door berusting van de partijen haar beslag heeft gekregen. Zij geschiedt bij eenvoudige akte houdende de redenen der wraking met de bewijzen daarvan of met aanbod om die redenen door getuigen te bewijzen.

Wraking van door partijen aangewezen of benoemde deskundigen is aan den straks gemelden termijn niet gebonden. Zij moet uiterlijk vóór de eedsaflegging, en kan derhalve bij conclusie ter terechtzitting worden voorgesteld met overlegging of aanbod van bewijs.

De wraking wordt summierlijk behandeld en het vonnis is niet vatbaar voor hooger beroep.

Wordt de wraking gegrond bevonden dan benoemt de rechter ambtshalve bij hetzelfde vonnis andere deskundigen in de plaats van de gewraakten. Art. 225, 226, 227.

De inhoud der aangehaalde artikelen is in bovenstaande uitleggende omschrijving teruggegeven, naar aanleiding vooral van de zeer juiste opmerkingen van v. d. Honert op § 224 nt. 1 en 2 en op § 226 nt. 1. Ook kan het m. i. niet twijfelachtig zijn, of de tweede zinsnede van het laatste lid van art. 225, het slot van art. 226 § 1 gelijk ook de eerste zinsnede van art. 226 § 2 zijn in alle gevallen van wraking toepasselijk. — Hoe Oudeman § 109 kan meenen dat de wetgever in art. 226 § 1 het geval voor oogen zou hebben gehad, dat partijen reeds vóór het vonnis omtrent de des-

kundigen zijn overeengekomen en deze alzoo onvoorwaardelijk bij het vonnis zijn benoemd of wel partijen later deze benoemen, begrijp ik niet. In dit geval kunnen immers alleen redenen van wraking in aanmerking komen na de benoeming en vóór de eedsaflegging ontstaan, gelijk O. zelf enkele regels vroeger terecht opmerkt. De Pinto § 172 zegt intusschen ook: »de wraking moet worden voorgesteld drie dagen na de benoeming en zulks alweder onverschillig of de deskundigen door den rechter zijn benoemd of door partijen gekozen". Art. 226 schijnt niet te onderscheiden, maar het verband met 225 leert dat die schijn bedriegt. Ook is de bepaling, dat de wraking altijd bij gelegenheid van en dan vóór de eedsaflegging moet worden voorgesteld geen algemeene, wat de Pinto t. a. p. met Oudeman meent. Immers met opzicht tot de ambtshalve benoemde deskundigen is zij, volgens art. 226 in f., aan den termijn van drie dagen na de benoeming gebonden. Dat de wraking niet nà de eedsaflegging mag worden voorgesteld had de wetgever alleen voor de door partijen aangewezen of benoemden te bepalen, voor de anderen volgt het van zelf. Het voorstel Hartogh laat het gebrek aan behoorlijk verband tusschen de artt. 223—226 bestaan. — Of de Wetgever op deze artt. kon doelen toen hij beweerde bij de herziening van 1836 »onvolledigheid te hebben aangevuld en meerdere nauwkeurigheid in de redactie te hebben gebracht" valt te betwijfelen. Een logische gedachtengang wordt hier althans gemist, verwarring in plaats van onderscheiding der bijzondere gevallen valt in het oog.

Het Ontwerp bevat omtrent dit onderwerp eene wenschelijke vereenvoudiging in art. 63—65.

De betrouwbaarheid van het bericht is zeker van der deskundigen onpartijdigheid afhankelijk. Waar deze verdacht is, moeten zij geweerd kunnen worden en daartoe strekt de wraking. Dat de redenen van wraking voor getuigen en niet, gelijk in sommige wetgevingen, die voor rechters zijn aangenomen, staat wellicht daarmede in verband dat men de deskundigen niet het karakter van rechters, zij het dan over het feit, heeft willen toekennen. Afdoende is die reden evenwel niet. Door de redenen van wraking als voor rechters toepasselijk te verklaren ware het karakter der deskundigen beter in het oog gehouden, die niet, als getuigen, verklaringen afleggen omtrent hetgeen zij gezien, gehoord of ondervonden hebben, maar, en in dat opzicht gelijken zij op rechters,

een onpartijdig gevoelen tot waardeering van feiten of van een toestand hebben uit te spreken. Maar de redenen van wraking van getuigen had men vooral daarom niet moeten toepassen omdat zij hier niet voldoende zijn. De redenen van wraking zijn daardoor beperkter, dan wanneer die voor rechters vastgesteld golden, maar de redenen van onbekwaamheid van getuigen, waardoor deze zonder wraking worden uitgesloten, art. 1947, zijn daardoor niet toepasselijk en kunnen ook niet als redenen van wraking worden aangevoerd. Zal alzoo een deskundige die bloedverwant of aanverwant in de zijlinie is tot den vierden graad ingesloten gewraakt kunnen worden en een bloed- of aanverwant in de rechte linie toegelaten moeten worden? Redenen van verschooning konden buiten aanmerking blijven omdat het aannemen der benoeming van deskundige niet verplicht is. Art. 229 B. R. coll. 1946 B. W. De rechter behoort zich aan de wet te houden en al acht hij de redenen van wraking voor de getuigen in art. 1950 opgenomen niet voldoende met opzicht tot deskundigen, hij volge het voorbeeld niet van de rechtbank te Maastricht, die bij vonnis van 23 Oct. 1846 de wraking van een deskundige aannam omdat hij vroeger schriftelijk zijn gevoelen over de koopwaarde, waarover geschil, had geuit. Het vonnis werd besproken en weerlegd in Opm. en Meded. III. bl. 137. Anders oordeelde over art. 1950 Amersfoort 24 Juni 1858 W. n°. 2301.

Het fr. Ontw. 1886 laat wraking onbepaald toe ter beoordeeling van den rechter, art. 3, en geeft bepaalde redenen van uitsluiting wegens onwaardigheid in art. 9.

Al worden de redenen van wraking die voor getuigen gelden hier toegepast, zou, bij de opheffing van de wraking van getuigen, welke om art. 1945 kan gemist worden, evenzeer die van deskundigen als die der rechters, behouden moeten blijven.

Zijn de deskundigen door partijen aangewezen, een beweren van partijdigheid zou met die aanwijzing in strijd zijn. Vandaar dat voor dit geval de wraking beperkt is en alleen wordt toegelaten om redenen welke aan de partijen bij hare aanwijzing niet konden bekend zijn, m. a. w., die na de benoeming en vóór de eedsaflegging zijn opgekomen. cf. Chauveau en Carré Q. 1172, 2°.

De slotwoorden van art. 226 kunnen niet slaan op eene wraking van door partijen aangewezen deskundigen en terwijl deze tot de eedsaflegging vrij staat en dus op de daartoe bepaalde terechtzitting

moet kunnen plaats hebben, zal zij in dit geval bij conclusie ter audientie geschieden. Waarom de bepaling van art. 226 werd opgenomen, nadat men in art. 191 W. 1830 alleen eene wraking ter terechtzitting, niet bij procureursakte, toeliet schijnt alleen daaruit te verklaren (Verg. Ontw. toel. ad art. 63 bl. 155) dat er bij de herziening in 1837 aan deze afdeeling »eenige meerdere uitbreiding is gegeven door sommige bepalingen van het fransche wetboek er weder bij op te nemen, welker weglating hier en daar een onvolledigheid had veroorzaakt". Men scheen nu wat vreesachtig voor den moed, die men vroeger had gehad om ietwat zelfstandig te zijn. En dat ongelukkige art. 226 is nog wel ontleend aan art. 309 C. de pr. dat als een ware »crux" tot niet minder dan vijf verschillende opvattingen aanleiding heeft gegeven! Zie GARSONNET II. p. 564.

Wanneer evenwel het afnemen van den eed aan den kantonrechter is opgedragen, moet de wraking wel bij procureursakte geschieden. De terechtzitting van den kantonrechter geeft daartoe geen gelegenheid. De kennisneming van de wraking is hem niet opgedragen en hij zou allerminst in staat zijn om, bij toelating van de redenen van wraking, aan de bepaling van art. 227 te voldoen.

Er is geen reden, waarom niet in beide gevallen dat eene wraking wordt voorgesteld, het bewijs daarvan zou moeten worden overgelegd of getuigenbewijs aangeboden. In dit laatste geval zegt art. 226 § 2 kan de rechter het getuigenverhoor bevelen en heeft dit plaats op de wijze ten aanzien van het getuigenverhoor in summiere zaken voorgeschreven. Dit hebben we later te bespreken. Gelukkig dat niet dikwijls een reden van wraking voor bewijs door getuigen vatbaar zal zijn. Het bericht van deskundigen is reeds kostbaar genoeg om niet te behoeven met incident op incident bezwaard te worden.

De bepaling dat over de wraking summierlijk beslist wordt is wel eene vertaling van den C. art. 311, »sera jugé sommairement à l'audience", maar zij maakt dat bij ons alweer conclusien noodig zijn en de mondelinge toelichting niet voldoende behoeft geacht te worden. Zie de opmerkingen straks over art. 233 § 2 te maken bl. 95. Intusschen zal dit wel niet zóóver gedreven worden dat, wanneer de tegenspraak niet komt van de zijde der tegenpartij maar van den deskundige zelven, ook deze tot concludeeren en pleiten verplicht zou wezen.

Het vonnis over de wraking is niet vatbaar voor hooger beroep. Vandaar dat het in art. 227 een gewijsde heet, als in het hoogste ressort gewezen. Daardoor wordt het dan voor eene voorziening in cassatie vatbaar, vermits deze niet onder een uitsluiting van hooger beroep is begrepen en de Grondwet, zelfs naar de lezing van 1887, op den regel van cassatie wel uitzonderingen toelaat doch niet vooronderstelt. Anders verstaat evenwel de H. Raad gelijke uitdrukking, als hier voorkomt, in art. 875 B. R. Zie Dl. II. bl. 270.

Art. 227 bepaalde in een tweede lid, overeenkomstig art. 314 C. de pr., dat de partij die de wraking had voorgesteld, bij verwerping daarvan tot schadevergoeding zelfs jegens den gewraakten deskundige kon veroordeeld worden, doch dat in dit laatste geval de deskundige niet als zoodanig kon optreden. Het was eene soortgelijke bepaling als in art. 43 met opzicht tot de wraking van rechters was voorgesteld; zij is evenals deze bij de wet van 7 April 1869 n°. 55 ingetrokken.

De benoeming, welke na toegelaten wraking door den rechter ambtshalve geschiedt, is in hare gevolgen niet daarvan afhankelijk, dat de partijen zich over de keuze niet kunnen verstaan, zooals art. 223 dit bedoelt. Er wordt hier, zonder eenig voorbehoud, van eene »benoeming van ambtswege" gesproken en daaruit moet, bij tegenstelling van art. 223, wel volgen, dat de benoeming uitsluitend van den rechter afhankelijk is. Doch de wraking zal ook op deze kunnen worden toegepast, Carré Q 1181, Oudeman § 109, bl. 265, De Pinto ad § 173. Onder de fransche uitleggers van art. 313 zijn er evenwel die meenen, dat ook in dit geval de partijen met onderlinge toestemming de door den rechter benoemde door anderen kunnen vervangen. Zie Garsonnet t. a. p. p. 565, n[t] 29. Zeker wordt dan het beginsel, dat de wetgever in art. 223 huldigt, consequenter volgehouden, en terwijl de invloed ook hier zonder omslag aan de partijen kan worden toegekend, zou ik de wet liever in dezen zin dan op het voorbeeld van het ontwerp, art. 64 2e lid, aangevuld willen zien.

Voordat zij hunne betrekking aanvaarden, moeten de deskundigen den eed of de belofte afleggen, dat zij het hun opgedragen III. Eedsaflegging.

moet kunnen plaats hebben, zal zij in dit geval bij conclusie ter audientie geschieden. Waarom de bepaling van art. 226 werd opgenomen, nadat men in art. 191 W. 1830 alleen eene wraking ter terechtzitting, niet bij procureursakte, toeliet schijnt alleen daaruit te verklaren (Verg. Ontw. toel. ad art. 63 bl. 155) dat er bij de herziening in 1837 aan deze afdeeling »eenige meerdere uitbreiding is gegeven door sommige bepalingen van het fransche wetboek er weder bij op te nemen, welker weglating hier en daar een onvolledigheid had veroorzaakt". Men scheen nu wat vreesachtig voor den moed, die men vroeger had gehad om ietwat zelfstandig te zijn. En dat ongelukkige art. 226 is nog wel ontleend aan art. 309 C. de pr. dat als een ware »crux" tot niet minder dan vijf verschillende opvattingen aanleiding heeft gegeven! Zie GARSONNET II. p. 564.

Wanneer evenwel het afnemen van den eed aan den kantonrechter is opgedragen, moet de wraking wel bij procureursakte geschieden. De terechtzitting van den kantonrechter geeft daartoe geen gelegenheid. De kennisneming van de wraking is hem niet opgedragen en hij zou allerminst in staat zijn om, bij toelating van de redenen van wraking, aan de bepaling van art. 227 te voldoen.

Er is geen reden, waarom niet in beide gevallen dat eene wraking wordt voorgesteld, het bewijs daarvan zou moeten worden overgelegd of getuigenbewijs aangeboden. In dit laatste geval zegt art. 226 § 2 kan de rechter het getuigenverhoor bevelen en heeft dit plaats op de wijze ten aanzien van het getuigenverhoor in summiere zaken voorgeschreven. Dit hebben we later te bespreken. Gelukkig dat niet dikwijls een reden van wraking voor bewijs door getuigen vatbaar zal zijn. Het bericht van deskundigen is reeds kostbaar genoeg om niet te behoeven met incident op incident bezwaard te worden.

De bepaling dat over de wraking summierlijk beslist wordt is wel eene vertaling van den C. art. 311, »sera jugé sommairement à l'audience", maar zij maakt dat bij ons alweer conclusien noodig zijn en de mondelinge toelichting niet voldoende behoeft geacht te worden. Zie de opmerkingen straks over art. 233 § 2 te maken bl. 95. Intusschen zal dit wel niet zóóver gedreven worden dat, wanneer de tegenspraak niet komt van de zijde der tegenpartij maar van den deskundige zelven, ook deze tot concludeeren en pleiten verplicht zou wezen.

Het vonnis over de wraking is niet vatbaar voor hooger beroep. Vandaar dat het in art. 227 een gewijsde heet, als in het hoogste ressort gewezen. Daardoor wordt het dan voor eene voorziening in cassatie vatbaar, vermits deze niet onder een uitsluiting van hooger beroep is begrepen en de Grondwet, zelfs naar de lezing van 1887, op den regel van cassatie wel uitzonderingen toelaat doch niet vooronderstelt. Anders verstaat evenwel de H. Raad gelijke uitdrukking, als hier voorkomt, in art. 875 B. R. Zie Dl. II. bl. 270.

Art. 227 bepaalde in een tweede lid, overeenkomstig art. 314 C. de pr., dat de partij die de wraking had voorgesteld, bij verwerping daarvan tot schadevergoeding zelfs jegens den gewraakten deskundige kon veroordeeld worden, doch dat in dit laatste geval de deskundige niet als zoodanig kon optreden. Het was eene soortgelijke bepaling als in art. 43 met opzicht tot de wraking van rechters was voorgesteld; zij is evenals deze bij de wet van 7 April 1869 nº. 55 ingetrokken.

De benoeming, welke na toegelaten wraking door den rechter ambtshalve geschiedt, is in hare gevolgen niet daarvan afhankelijk, dat de partijen zich over de keuze niet kunnen verstaan, zooals art. 223 dit bedoelt. Er wordt hier, zonder eenig voorbehoud, van eene »benoeming van ambtswege" gesproken en daaruit moet, bij tegenstelling van art. 223, wel volgen, dat de benoeming uitsluitend van den rechter afhankelijk is. Doch de wraking zal ook op deze kunnen worden toegepast, CARRÉ Q 1181, OUDEMAN § 109, bl. 265, DE PINTO ad § 173. Onder de fransche uitleggers van art. 313 zijn er evenwel die meenen, dat ook in dit geval de partijen met onderlinge toestemming de door den rechter benoemde door anderen kunnen vervangen. Zie GARSONNET t. a. p. p. 565, nt 29. Zeker wordt dan het beginsel, dat de wetgever in art. 223 huldigt, consequenter volgehouden, en terwijl de invloed ook hier zonder omslag aan de partijen kan worden toegekend, zou ik de wet liever in dezen zin dan op het voorbeeld van het ontwerp, art. 64 2e lid, aangevuld willen zien.

Voordat zij hunne betrekking aanvaarden, moeten de deskundigen den eed of de belofte afleggen, dat zij het hun opgedragen III. Eedsaflegging.

moet kunnen plaats hebben, zal zij in dit geval bij conclusie ter audientie geschieden. Waarom de bepaling van art. 226 werd opgenomen, nadat men in art. 191 W. 1830 alleen eene wraking ter terechtzitting, niet bij procureursakte, toeliet schijnt alleen daaruit te verklaren (Verg. Ontw. toel. ad art. 63 bl. 155) dat er bij de herziening in 1837 aan deze afdeeling »eenige meerdere uitbreiding is gegeven door sommige bepalingen van het fransche wetboek er weder bij op te nemen, welker weglating hier en daar een onvolledigheid had veroorzaakt". Men scheen nu wat vreesachtig voor den moed, die men vroeger had gehad om ietwat zelfstandig te zijn. En dat ongelukkige art. 226 is nog wel ontleend aan art. 309 C. de pr. dat als een ware »crux" tot niet minder dan vijf verschillende opvattingen aanleiding heeft gegeven! Zie GARSONNET II. p. 564.

Wanneer evenwel het afnemen van den eed aan den kantonrechter is opgedragen, moet de wraking wel bij procureursakte geschieden. De terechtzitting van den kantonrechter geeft daartoe geen gelegenheid. De kennisneming van de wraking is hem niet opgedragen en hij zou allerminst in staat zijn om, bij toelating van de redenen van wraking, aan de bepaling van art. 227 te voldoen.

Er is geen reden, waarom niet in beide gevallen dat eene wraking wordt voorgesteld, het bewijs daarvan zou moeten worden overgelegd of getuigenbewijs aangeboden. In dit laatste geval zegt art. 226 § 2 kan de rechter het getuigenverhoor bevelen en heeft dit plaats op de wijze ten aanzien van het getuigenverhoor in summiere zaken voorgeschreven. Dit hebben we later te bespreken. Gelukkig dat niet dikwijls een reden van wraking voor bewijs door getuigen vatbaar zal zijn. Het bericht van deskundigen is reeds kostbaar genoeg om niet te behoeven met incident op incident bezwaard te worden.

De bepaling dat over de wraking summierlijk beslist wordt is wel eene vertaling van den C. art. 311, »sera jugé sommairement à l'audience", maar zij maakt dat bij ons alweer conclusien noodig zijn en de mondelinge toelichting niet voldoende behoeft geacht te worden. Zie de opmerkingen straks over art. 233 § 2 te maken bl. 95. Intusschen zal dit wel niet zóóver gedreven worden dat, wanneer de tegenspraak niet komt van de zijde der tegenpartij maar van den deskundige zelven, ook deze tot concludeeren en pleiten verplicht zou wezen.

Het vonnis over de wraking is niet vatbaar voor hooger beroep. Vandaar dat het in art. 227 een gewijsde heet, als in het hoogste ressort gewezen. Daardoor wordt het dan voor eene voorziening in cassatie vatbaar, vermits deze niet onder een uitsluiting van hooger beroep is begrepen en de Grondwet, zelfs naar de lezing van 1887, op den regel van cassatie wel uitzonderingen toelaat doch niet vooronderstelt. Anders verstaat evenwel de H. Raad gelijke uitdrukking, als hier voorkomt, in art. 875 B. R. Zie Dl. II. bl. 270.

Art. 227 bepaalde in een tweede lid, overeenkomstig art. 314 C. de pr., dat de partij die de wraking had voorgesteld, bij verwerping daarvan tot schadevergoeding zelfs jegens den gewraakten deskundige kon veroordeeld worden, doch dat in dit laatste geval de deskundige niet als zoodanig kon optreden. Het was eene soortgelijke bepaling als in art. 43 met opzicht tot de wraking van rechters was voorgesteld; zij is evenals deze bij de wet van 7 April 1869 n°. 55 ingetrokken.

De benoeming, welke na toegelaten wraking door den rechter ambtshalve geschiedt, is in hare gevolgen niet daarvan afhankelijk, dat de partijen zich over de keuze niet kunnen verstaan, zooals art. 223 dit bedoelt. Er wordt hier, zonder eenig voorbehoud, van eene »benoeming van ambtswege" gesproken en daaruit moet, bij tegenstelling van art. 223, wel volgen, dat de benoeming uitsluitend van den rechter afhankelijk is. Doch de wraking zal ook op deze kunnen worden toegepast, CARRÉ Q 1181, OUDEMAN § 109, bl. 265, DE PINTO ad § 173. Onder de fransche uitleggers van art. 313 zijn er evenwel die meenen, dat ook in dit geval de partijen met onderlinge toestemming de door den rechter benoemde door anderen kunnen vervangen. Zie GARSONNET t. a. p. p. 565, n^t 29. Zeker wordt dan het beginsel, dat de wetgever in art. 223 huldigt, consequenter volgehouden, en terwijl de invloed ook hier zonder omslag aan de partijen kan worden toegekend, zou ik de wet liever in dezen zin dan op het voorbeeld van het ontwerp, art. 64 2e lid, aangevuld willen zien.

Voordat zij hunne betrekking aanvaarden, moeten de deskundigen den eed of de belofte afleggen, dat zij het hun opgedragen III. Eedsaflegging.

moet kunnen plaats hebben, zal zij in dit geval bij conclusie ter audientie geschieden. Waarom de bepaling van art. 226 werd opgenomen, nadat men in art. 191 W. 1830 alleen eene wraking ter terechtzitting, niet bij procureursakte, toeliet schijnt alleen daaruit te verklaren (Verg. Ontw. toel. ad art. 63 bl. 155) dat er bij de herziening in 1837 aan deze afdeeling »eenige meerdere uitbreiding is gegeven door sommige bepalingen van het fransche wetboek er weder bij op te nemen, welker weglating hier en daar een onvolledigheid had veroorzaakt". Men scheen nu wat vreesachtig voor den moed, die men vroeger had gehad om ietwat zelfstandig te zijn. En dat ongelukkige art. 226 is nog wel ontleend aan art. 309 C. de pr. dat als een ware »crux" tot niet minder dan vijf verschillende opvattingen aanleiding heeft gegeven! Zie GARSONNET II. p. 564.

Wanneer evenwel het afnemen van den eed aan den kantonrechter is opgedragen, moet de wraking wel bij procureursakte geschieden. De terechtzitting van den kantonrechter geeft daartoe geen gelegenheid. De kennisneming van de wraking is hem niet opgedragen en hij zou allerminst in staat zijn om, bij toelating van de redenen van wraking, aan de bepaling van art. 227 te voldoen.

Er is geen reden, waarom niet in beide gevallen dat eene wraking wordt voorgesteld, het bewijs daarvan zou moeten worden overgelegd of getuigenbewijs aangeboden. In dit laatste geval zegt art. 226 § 2 kan de rechter het getuigenverhoor bevelen en heeft dit plaats op de wijze ten aanzien van het getuigenverhoor in summiere zaken voorgeschreven. Dit hebben we later te bespreken. Gelukkig dat niet dikwijls een reden van wraking voor bewijs door getuigen vatbaar zal zijn. Het bericht van deskundigen is reeds kostbaar genoeg om niet te behoeven met incident op incident bezwaard te worden.

De bepaling dat over de wraking summierlijk beslist wordt is wel eene vertaling van den C. art. 311, »sera jugé sommairement à l'audience", maar zij maakt dat bij ons alweer conclusien noodig zijn en de mondelinge toelichting niet voldoende behoeft geacht te worden. Zie de opmerkingen straks over art. 233 § 2 te maken bl. 95. Intusschen zal dit wel niet zóóver gedreven worden dat, wanneer de tegenspraak niet komt van de zijde der tegenpartij maar van den deskundige zelven, ook deze tot concludeeren en pleiten verplicht zou wezen.

Het vonnis over de wraking is niet vatbaar voor hooger beroep. Vandaar dat het in art. 227 een gewijsde heet, als in het hoogste ressort gewezen. Daardoor wordt het dan voor eene voorziening in cassatie vatbaar, vermits deze niet onder een uitsluiting van hooger beroep is begrepen en de Grondwet, zelfs naar de lezing van 1887, op den regel van cassatie wel uitzonderingen toelaat doch niet vooronderstelt. Anders verstaat evenwel de H. Raad gelijke uitdrukking, als hier voorkomt, in art. 875 B. R. Zie Dl. II. bl. 270.

Art. 227 bepaalde in een tweede lid, overeenkomstig art. 314 C. de pr., dat de partij die de wraking had voorgesteld, bij verwerping daarvan tot schadevergoeding zelfs jegens den gewraakten deskundige kon veroordeeld worden, doch dat in dit laatste geval de deskundige niet als zoodanig kon optreden. Het was eene soortgelijke bepaling als in art. 43 met opzicht tot de wraking van rechters was voorgesteld; zij is evenals deze bij de wet van 7 April 1869 n°. 55 ingetrokken.

De benoeming, welke na toegelaten wraking door den rechter ambtshalve geschiedt, is in hare gevolgen niet daarvan afhankelijk, dat de partijen zich over de keuze niet kunnen verstaan, zooals art. 223 dit bedoelt. Er wordt hier, zonder eenig voorbehoud, van eene »benoeming van ambtswege" gesproken en daaruit moet, bij tegenstelling van art. 223, wel volgen, dat de benoeming uitsluitend van den rechter afhankelijk is. Doch de wraking zal ook op deze kunnen worden toegepast, Carré Q 1181, Oudeman § 109, bl. 265, De Pinto ad § 173. Onder de fransche uitleggers van art. 313 zijn er evenwel die meenen, dat ook in dit geval de partijen met onderlinge toestemming de door den rechter benoemde door anderen kunnen vervangen. Zie Garsonnet t. a. p. p. 565, nt 29. Zeker wordt dan het beginsel, dat de wetgever in art. 223 huldigt, consequenter volgehouden, en terwijl de invloed ook hier zonder omslag aan de partijen kan worden toegekend, zou ik de wet liever in dezen zin dan op het voorbeeld van het ontwerp, art. 64 2e lid, aangevuld willen zien.

Voordat zij hunne betrekking aanvaarden, moeten de deskundigen den eed of de belofte afleggen, dat zij het hun opgedragen III. Eedsaflegging.

moet kunnen plaats hebben, zal zij in dit geval bij conclusie ter audientie geschieden. Waarom de bepaling van art. 226 werd opgenomen, nadat men in art. 191 W. 1830 alleen eene wraking ter terechtzitting, niet bij procureursakte, toeliet schijnt alleen daaruit te verklaren (Verg. Ontw. toel. ad art. 63 bl. 155) dat er bij de herziening in 1837 aan deze afdeeling »eenige meerdere uitbreiding is gegeven door sommige bepalingen van het fransche wetboek er weder bij op te nemen, welker weglating hier en daar een onvolledigheid had veroorzaakt". Men scheen nu wat vreesachtig voor den moed, die men vroeger had gehad om ietwat zelfstandig te zijn. En dat ongelukkige art. 226 is nog wel ontleend aan art. 309 C. de pr. dat als een ware »crux" tot niet minder dan vijf verschillende opvattingen aanleiding heeft gegeven! Zie GARSONNET II. p. 564.

Wanneer evenwel het afnemen van den eed aan den kantonrechter is opgedragen, moet de wraking wel bij procureursakte geschieden. De terechtzitting van den kantonrechter geeft daartoe geen gelegenheid. De kennisneming van de wraking is hem niet opgedragen en hij zou allerminst in staat zijn om, bij toelating van de redenen van wraking, aan de bepaling van art. 227 te voldoen.

Er is geen reden, waarom niet in beide gevallen dat eene wraking wordt voorgesteld, het bewijs daarvan zou moeten worden overgelegd of getuigenbewijs aangeboden. In dit laatste geval zegt art. 226 § 2 kan de rechter het getuigenverhoor bevelen en heeft dit plaats op de wijze ten aanzien van het getuigenverhoor in summiere zaken voorgeschreven. Dit hebben we later te bespreken. Gelukkig dat niet dikwijls een reden van wraking voor bewijs door getuigen vatbaar zal zijn. Het bericht van deskundigen is reeds kostbaar genoeg om niet te behoeven met incident op incident bezwaard te worden.

De bepaling dat over de wraking summierlijk beslist wordt is wel eene vertaling van den C. art. 311, »sera jugé sommairement à l'audience", maar zij maakt dat bij ons alweer conclusien noodig zijn en de mondelinge toelichting niet voldoende behoeft geacht te worden. Zie de opmerkingen straks over art. 233 § 2 te maken bl. 95. Intusschen zal dit wel niet zóóver gedreven worden dat, wanneer de tegenspraak niet komt van de zijde der tegenpartij maar van den deskundige zelven, ook deze tot concludeeren en pleiten verplicht zou wezen.

Het vonnis over de wraking is niet vatbaar voor hooger beroep. Vandaar dat het in art. 227 een gewijsde heet, als in het hoogste ressort gewezen. Daardoor wordt het dan voor eene voorziening in cassatie vatbaar, vermits deze niet onder een uitsluiting van hooger beroep is begrepen en de Grondwet, zelfs naar de lezing van 1887, op den regel van cassatie wel uitzonderingen toelaat doch niet vooronderstelt. Anders verstaat evenwel de H. Raad gelijke uitdrukking, als hier voorkomt, in art. 875 B. R. Zie Dl. II. bl. 270.

Art. 227 bepaalde in een tweede lid, overeenkomstig art. 314 C. de pr., dat de partij die de wraking had voorgesteld, bij verwerping daarvan tot schadevergoeding zelfs jegens den gewraakten deskundige kon veroordeeld worden, doch dat in dit laatste geval de deskundige niet als zoodanig kon optreden. Het was eene soortgelijke bepaling als in art. 43 met opzicht tot de wraking van rechters was voorgesteld; zij is evenals deze bij de wet van 7 April 1869 n°. 55 ingetrokken.

De benoeming, welke na toegelaten wraking door den rechter ambtshalve geschiedt, is in hare gevolgen niet daarvan afhankelijk, dat de partijen zich over de keuze niet kunnen verstaan, zooals art. 223 dit bedoelt. Er wordt hier, zonder eenig voorbehoud, van eene »benoeming van ambtswege" gesproken en daaruit moet, bij tegenstelling van art. 223, wel volgen, dat de benoeming uitsluitend van den rechter afhankelijk is. Doch de wraking zal ook op deze kunnen worden toegepast, Carré Q 1181, Oudeman § 109, bl. 265, De Pinto ad § 173. Onder de fransche uitleggers van art. 313 zijn er evenwel die meenen, dat ook in dit geval de partijen met onderlinge toestemming de door den rechter benoemde door anderen kunnen vervangen. Zie Garsonnet t. a. p. p. 565, n^t 29. Zeker wordt dan het beginsel, dat de wetgever in art. 223 huldigt, consequenter volgehouden, en terwijl de invloed ook hier zonder omslag aan de partijen kan worden toegekend, zou ik de wet liever in dezen zin dan op het voorbeeld van het ontwerp, art. 64 2e lid, aangevuld willen zien.

Voordat zij hunne betrekking aanvaarden, moeten de deskundigen den eed of de belofte afleggen, dat zij het hun opgedragen III. Eedsaflegging.

onderzoek getrouw of naar hun beste weten zullen verrichten.

De eed wordt afgelegd op de terechzitting voor den rechter die het bericht heeft bevolen, of voor den rechter van het kanton waarin de bevolen verrichting moet plaats hebben, indien deze daartoe door den eerstgenoemden rechter werd aangewezen.

De deskundigen worden tot het afleggen van den eed, met beteekening van het vonnis opgeroepen door de meest gereede partij, na verloop van drie dagen nadat het vonnis aan de wederpartij is beteekend en ten minste drie dagen vóór den dag tot het afleggen van den eed bepaald, art. 224.

Ik noemde, zie bl. 78, den eed een wettelijken waarborg voor de betrouwbaarheid van het bericht. Want de wet legt ook hier den eed op als in zoo groote menigte van gevallen, waarin hij een waarborg zoekt dat iemand eene tijdelijke of voortdurende (ambtelijke) verplichting, die hij op zich neemt, naar eisch zal vervullen. Van dezen zg. waarborg is reeds vele jaren geleden met recht gezegd, dat »de gewoonte ons dikwijls de oogen doet sluiten voor het gebrek aan gezonde redenen voor eeuwenoude rechtsinstellingen", Mr. A. A. DE PINTO in de Sectie-Vergadering van het Utrechtsch genootschap van 1873. Het is de macht der traditie die zich ten opzichte van den eed ook buiten de rechtspraak en rechtspleging doet gelden. Hier vindt de wetgever het zelfs zoo natuurlijk, dat een eed worde afgelegd, dat hij de verplichting daartoe meer onderstelt dan uitspreekt (art. 224 § 1.) Vandaar dat er niet van den eed of belofte overeenkomstig de godsdienstige gezindheid, gesproken wordt en de inhoud uit den aard der zaak en andere bepalingen (art. 50 thans 52 W. v. Strafv.) moet worden opgemaakt. Noodzakelijk is het hier ook de belofte toe te laten en het »overeenkomstig ieders godsdienstige gezindheid", indien dit al uit andere bepalingen moet worden aangevuld, zal, na de uitspraak daarover bij de Grondwetsherziening van 1887 gedaan, licht in dien zin geïnterpreteerd worden dat aan een ieder de keus tusschen eed en belofte vrijstaat. Omtrent de strafbaarheid wegens meineed zie art. 207 Strafwbk.

In het fr. ontwerp van 1886 wordt de eed afgeschaft en van de deskundigen eene verklaring omtrent de waarachtigheid van hun rapport gevorderd. a. 12 en 16 van tit. XII.

Het niet afleggen van den eed of de belofte maakt den des-

kundige tot zijne taak wettelijk onbekwaam en moet de nietigheid van het bericht ten gevolge hebben. CARRÉ Q 1172, OUDEMAN bl. 265, DE PINTO § 168, 3°. Anders DIEPHUIS III, bl. 283, nt 2, wiens beroep op het arg. a contr. uit a. 101 weinig overtuigend is, terwijl art. 90, hoe stellig ook, ten onrechte wordt ingeroepen waar de nietigheid der akte het gevolg is van eene wettelijke onbekwaamheid van dengene die haar opmaakte.

Dat de eed ter terechtzitting wordt afgelegd spreekt van zelf, nu bij die gelegenheid ook de wraking kan plaats hebben (art. 225) en de eedsaflegging niet meer voor een daartoe benoemden rechter-commissaris plaats heeft, zooals naar den C. de pr. a. 305. De kantonrechter, die tot het afnemen van den eed aangewezen wordt is krachtens art. 25 R. O. verplicht aan die opdracht gevolg te geven.

Door de beteekening van het vonnis worden de deskundigen in kennis gesteld met het voorwerp van hun onderzoek. Zij kunnen daaruit evenwel niet altijd vernemen dat zij, wel dat anderen als zoodanig zijn benoemd, wanneer hunne benoeming door partijen heeft plaats gehad overeenkomstig § 3 van art. 223. Dit zal wel in de akte van beteekening dienen vermeld te worden. — De termijn van drie dagen na de beteekening van het vonnis aan de wederpartij staat met de bepaling van art. 223 § 2 in verband en de termijn van drie (vrije art. 8 § 1) dagen vóór de verschijning is hier, waar de opgeroepene zich alleen over de aanneming van de opdracht niet over het »cedere an contendere velit" te beraden heeft, voor alle gevallen lang genoeg. Toch is het een minimum. Aan den in het vonnis voor de eedsaflegging bepaalden dag kunnen de partijen alleen gebonden zijn, wanneer de deskundigen overeenkomstig hare aanwijzing bij het vonnis werden benoemd. Geschiedde dit niet dan kan men niet, zooals art. 224 § 1 uitdrukkelijk doet, van de benoemde deskundigen spreken, daar het volstrekt niet zeker is dat de in het vonnis genoemde ook de benoemde zullen zijn. Zie v. D. HONERT § 224 nt 1 en 2, bl. 317. De terechtzitting waarop de eedsaflegging buiten dit geval moet plaats hebben, wordt in de akte van beteekening en oproeping door de meest gereede partij aangewezen.

IV. Verplichting tot onderzoek.

Deskundigen zijn niet verplicht een hun gedane opdracht te aanvaarden. Zij worden daartoe eerst verplicht door het afleggen van den eed (belofte). De tot deskundige benoemde die, na den eed te hebben afgelegd, aan de hem gedane opdracht niet voldoet, kan door den rechter, die het bericht bevolen heeft, verwezen worden in de kosten door zijne nalatigheid veroorzaakt en zelfs tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, zoo daartoe gronden zijn.

Indien een deskundige de benoeming niet aanneemt of op de oproeping tot de aflegging van den eed niet verschijnt, zullen partijen dadelijk een ander in zijn plaats benoemen. Bij gebreke daarvan doet de rechter die benoeming ambtshalve. Dit heeft ook plaats, indien een deskundige, na den eed te hebben afgelegd, niet verschijnt tot het verrichten der werkzaamheden. a. 229.

Waarom zijn de deskundigen niet — evenals getuigen verplicht zijn om daartoe geroepen, getuigenis in rechte af te leggen — tot het aannemen van en voldoen aan een hun gedane opdracht gehouden? Er is geen andere reden voor te geven dan dat een deskundige zich zelven in het bepaalde geval tot oordeelen in staat moet achten. Doch wanneer in het Wetboek v. Strafv. bepaald wordt dat in strafzaken ieder die als deskundige daartoe wordt opgeroepen verplicht is zijne diensten nan de justitie te leenen (art. 52) dan mag men vragen, of zij ook in het burgerlijk geding niet geroepen worden aan de justitie, dus aan de gemeenschap, hunne diensten te leenen. Al loopt dat geding over een bijzonder belang, al hebben daarom de gedingvoerende partijen invloed op de benoeming, het is de rechter die om goed recht te spreken — en dit zal toch wel een belang der gemeenschap zijn — de hulp van deskundigen inroept. Is niemand daartoe bereid — want wat aan een vrijstaat, staat aan allen vrij — dan wordt de rechtspraak onmogelijk gemaakt. Dat het: nemo cogi potest ad factum hier al heel slecht te pas wordt gebracht als reden waarom de verplichting niet wordt opgelegd (Carré Q 1189), merk ik alleen op om tegen zoodanig beroep op rechtsregels, die dan eenvoudig voor de klank gebruikt en dus misbruikt worden, te waarschuwen. Binnen zekere grenzen is de verplichting om als deskundige zijne diensten te verleenen aangenomen in Civilprozessordnung § 372, 373.

De partijen hebben, waar zij met onderlinge overeenstemming de deskundigen aanwijzen, hun de daartoe noodige opdracht krach-

tens s' rechters autorisatie gedaan of de rechter heeft den deskundigen opgedragen om ten behoeve van partijen het werk te verrichten. In ieder geval onderstelt de wet dat de deskundigen met het afleggen van den eed zich jegens de partijen hebben verbonden. Het niet voldoen aan de verplichting verbindt hen tot schadevergoeding tenzij de deskundige bewees daartoe in de onmogelijkheid te zijn geweest. Kosten, schaden en interessen worden hier op zonderlinge wijze gescheiden. Kosten door de nalatigheid veroorzaakt zijn in 't algemeen onder schaden en interessen begrepen. Zoo schijnt de Wetgever van 1830, art. 195, daarover te hebben gedacht. Bij de herziening in 1837 volgde men weer de redactie van den C. de pr. a. 316, waaruit volgt dat »kosten door de nalatigheid veroorzaakt" beteekenen »frais frustratoires", dat zijn dus de kosten van oproeping en van de bijeenkomst der andere deskundigen die, nu de werkzaamheden vooralsnog geen voortgang kunnen hebben, te vergeefs gemaakt zijn. Deze komen natuurlijk het eerst in aanmerking, maar er kan ook werkelijk schade geleden zijn door waardevermindering bijv. van te onderzoeken voorwerpen. Het »zoo daartoe gronden zijn" beteekent zoo hier als op menige andere plaats: indien er schade geleden is en de betrokken persoon daarvoor aansprakelijk moet worden gesteld.

Met afwijking van den regel, volgens welken persoonlijke vorderingen moeten worden gebracht voor den rechter van de woonplaats, wordt deze vordering tot schadevergoeding, om het verband met de opdracht, gebracht bij den rechter die het bericht bevolen heeft. In dien ruimeren zin moeten m. i. de woorden »die hem benoemd heeft" (a. 229) worden opgevat. Met de letter kan eene andere opvatting verdedigd worden, en met opzicht tot de door partijen, volgens art. 223 § 3, benoemden, de rechter van de woonplaats bevoegd geacht worden; maar waarop berust dat uitsluitend gezag van de letter? En wat dan te zeggen tegen eene interpretatie die zou beweren, dat de door partijen benoemde in 't geheel niet tot schadevergoeding kon veroordeeld worden? Benoemd is eenvoudig een min gelukkige vertaling van commis. »Le tribunal qui l'avait commis" zegt art. 316 C. de pr. en ditzelfde leest men in den fr. tekst van art. 195 § 2 W. 1830, terwijl de holl. tekst heeft: »de rechtbank welke hem benoemd heeft".

De rechter de veroordeeling van den nalatigen deskundige uitsprekende, zal dit zeker niet doen dan op de vordering van de

partij, die het vonnis, waarbij het bericht bevolen werd, uitlokte of dit vervolgde. Zoo zal de deskundige jegens deze in die schadevergoeding veroordeeld worden. arg. art. 232 § 2.

Door de opdracht van rechtsmacht aan den rechter die het bericht beval wordt ook de rechtsmacht van den kantonrechter uitgesloten. Zie Dl. I bl. 361 en 387.

V. Het onderzoek. a. Aanwijzing van tijd en plaats.

Het procesverbaal van de eedsaflegging moet inhouden de door deskundigen gedane aanwijzing van de plaats waar, den dag en het uur waarop, zij hunne werkzaamheden zullen verrichten.

Indien partijen bij de eedsaflegging tegenwoordig zijn, welke tegenwoordigheid echter niet vereischt wordt, geldt de aanwijzing van plaats en tijd voor oproeping.

De partij welke niet tegenwoordig was, wordt bij akte van procureur tot procureur of, indien er geen procureur is, bij exploit aan den persoon of de woonplaats opgeroepen. Art. 228, 224 a. h. e.

Het is de taak des rechters om te zorgen dat de aanwijzing van tijd en plaats bij het proces-verbaal van eedsaflegging geschiede. Verschijnt een van de deskundigen niet en moet er een ander benoemd worden, dan zal een latere dag voor de eedsaflegging moeten worden bepaald en dan op dien dag de aanwijzing van tijd en plaats moeten geschieden. Mocht die aanwijzing verzuimd zijn, eene oproeping van deskundigen en partijen daartoe zal noodzakelijk wezen om de aanwijzing voor partijen en deskundigen verbindend te maken.

Met de tegenwoordigheid van partijen wordt hier de tegenwoordigheid van de procureurs bedoeld. De oproeping »in geval van afwezigheid bij akte van procureur tot procureur" geeft dit duidelijk te kennen, al onderstelt de wet in art. 230 § 2, dat partijen ook in persoon, bij het onderzoek opmerkingen maken. De fransche Code liet het bij die oproeping en voorzag niet het geval, dat er door den verweerder geen procureur was gesteld. Onze wetgever wil, blijkens art. 228 § 3, den verweerder die geen procureur heeft gesteld, en tegen wien dus verstek verleend was, bij exploit aan den persoon of de woonplaats hebben opgeroepen. Hij bepaalde dit in 1837 »in verband met art. 210 waarin die woorden insgelijks waren vervat". Indien men op de moeilijkheden had gelet, waartoe art. 261 C. de pr., waaraan art. 210 ontleend is, aanleiding heeft gegeven, men zou zich nog wel eens hebben mogen

bedenken om het daar bepaalde ook bij de deskundigen over te nemen. Ik ontken niet dat daardoor wordt verzwakt de meening, die ik omtrent de beteekening van het vonnis, waarbij eene plaatsopneming wordt bevolen in verstekzaken, hierboven bl. 57 heb ontwikkeld. Daargelaten de vraag, of de partij tegen welke verstek verleend was, dan nu aan het onderzoek van deskundigen volgens art. 228 met of zonder procureur zal deelnemen, of hare verschijning aldaar het verleende verstek doet vervallen of dat niettemin het vonnis op de hoofdzaak bij verstek zal worden uitgesproken, welke punten ik bij de behandeling van art. 210 zal bespreken, ontstaat hier nog deze anomalie, dat de partij tegen welke verstek werd verleend wel in de gelegenheid gesteld zou worden om het onderzoek bij te wonen, maar dat zij niet in de gelegenheid wordt gesteld om redenen van wraking tegen de benoemde deskundigen te doen gelden.

Geheel onverschillig zijn deze bepalingen ongelukkig niet. Wel zal de rechter slechts zeer zelden grond vinden voor een bericht van deskundigen waar hij, bij een veroordeeling bij verstek, alleen heeft te vragen, of de ingestelde eisch hem niet ongegrond noch onrechtmatig voorkomt (art. 76) maar er zijn gevallen, waar de wet hem voorschrijft niet dan na verhoor van deskundigen uitspraak te doen. Dan kan hij ook in verstekzaken zich daarvan niet onthouden. Zie blz. 69 en 70.

b. Het onderzoek zelf. Het bericht.

Bij het onderzoek worden aan de deskundigen een afschrift van het vonnis en de voor of bij het onderzoek noodige stukken ter hand gesteld. Partijen mogen aan de deskundigen opmerkingen maken, vragen doen en eischen stellen die zij goedvinden. De deskundigen maken daarvan melding in hun bericht, doch slaan er zooveel acht op als zij meenen dat behoort.

Het bericht wordt, na onderlinge raadpleging, door de deskundigen bij meerderheid van stemmen opgemaakt. Het wordt met redenen omkleed in schrift gebracht.

In geval van verschil van gevoelen kunnen de onderscheiden gevoelens met de daarvoor bestaande gronden worden opgenomen, maar daarbij mag niet worden bekend gemaakt, welk het persoonlijk gevoelen van ieder der deskundigen in het bijzonder is.

Het bericht wordt gedagteekend en door alle deskundigen onderteekend.

Is geen van de deskundigen tot het stellen van het bericht in staat, dan geschiedt dit door den griffier van het kantongerecht van de plaats waar de werkzaamheden zijn verricht, die het door hem gesteld bericht mede-onderteekent. art. 230, 231.

De kwistigheid, waarmede de wet beteekeningen en afschriften voorschrijft, wordt terecht door den Ontwerper (1865) gelaakt. Waartoe dit afschrift van het vonnis dat reeds aan de deskundigen beteekend werd? Dat zij de hun gedane opdracht moeten kennen en deze niet anders dan uit het vonnis kunnen leeren kennen, is juist, maar wat hun reeds vóór de eedsaflegging op te omslachtige wijze werd bekend gemaakt zal toch wel niet nu reeds verloren zijn gegaan! Het voorstel HARTOGH laat de bepaling van art. 230 ongemoeid en het afschrift van het vonnis wordt alzoo nog eens aan de deskundigen ter hand gesteld. Of is onder »rechterlijke opdracht", in art. 224 § 3 alleen het dispositief van het vonnis te verstaan?

Terecht worden de partijen in de gelegenheid gesteld opmerkingen te maken, vragen te doen, eischen te stellen, opdat de deskundigen hunne aandacht wijden aan datgene wat partijen van belang achten en des noods de richting kennen, welke partijen meenen dat zij aan hun onderzoek moeten geven, maar dat deskundigen daaraan niet behoeven te voldoen en niet verplicht zijn aan hun bericht eene uitbreiding te geven, die zij voor de uiteenzetting van hun gevoelen niet wenschelijk achten, is niet minder duidelijk. De fransche schrijvers zijn het daarover eens en meenen niet ten onrechte dat ook aan het vermelden van de opmerkingen, vragen en eischen een natuurlijke grens is aangewezen in hetgeen ter zake dienende is. CARRÉ Q. 1192 en de geciteerde.

Terecht is door onzen wetgever niet overgenomen de bepaling van art. 317 § 1 a. h. e. C. de pr., waaruit volgt, dat de partijen ook tegenwoordig mochten zijn bij het opmaken van het bericht, waarbij de schrijvers dan een onderscheid maakten tusschen twee hoofddeelen van het bericht om tot de gevolgtrekking te kunnen komen dat partijen bij 't opmaken van het advies niet tegenwoordig mochten zijn. Verg. CARRÉ—CHAUVEAU Q. 1193, GARSONNET, p. 577, 3°.

Waar een waarborg voor de juistheid en volledigheid van een bericht in de samenwerking van meer dan één deskundige gevonden wordt, wat geheel in overeenstemming is met het beginsel der collegiale rechtspraak, daar ligt ook de beslissing met meerderheid

van stemmen voor de hand. Doch voor den rechter die op het bericht vrijelijk zijne overtuiging vestigt, is de kennis der beweegredenen en van afwijkende gevoelens van groot belang. Het komt mij voor, dat eerst dan aan de ratio van art. 231 § 2 voldaan wordt, wanneer niet alleen, als er drie verschillende gevoelens zijn, maar ook als bij meerderheid is beslist, het van die meerderheid afwijkend gevoelen met de gronden waarop het steunt wordt opgegeven. De bepaling van onze wet, die verlangt dat het rapport altijd gemotiveerd wordt, is bij uitnemendheid geschikt om eene schijnbare meerderheid of eenstemmigheid te voorkomen. Allen kunnen het licht daarover eens zijn, dat een huis slecht gebouwd is, maar het is van 't grootste belang, dat de rechter wete of dit aan slecht materiaal, aan een gebrek in de samenstelling of ongeschiktheid van den grond is te wijten. art. 1641—1643, 1645 B. W. Een ongemotiveerd rapport is geen rechtsgeldig bericht, oordeelde terecht de rechtbank van Amsterdam 22 April 1890, W. n°. 5893, al spreekt de wet de nietigheid niet uit. Het kan de vereischte inlichting (a. 235) niet geven, want het zal den rechter niet tot een zelfstandig oordeel in staat stellen. Ook is het schriftelijk opmaken van het bericht als regel aan te bevelen, indien slechts den rechter de bevoegdheid gegeven wordt nadere inlichtingen van de deskundigen op de terechtzitting te vragen waarmede dan de noodzakelijkheid vervalt om bij verschil van gevoelen den naam van hem wiens gevoelen van dat der meerderheid afwijkt te verzwijgen. In het fr. ontwerp 1886 verklaart de Commissie: »après un examen approfondi de la question", de naamloosheid van de onderscheidene adviezen te hebben afgeschaft. a. 15, toel. p. 41. De belgische Commissie aarzelde niet op dit punt het voorbeeld reeds in ons Wetb. 1830 a. 197 gegeven, waarvan onze wetgever bij de herziening weer terugkwam, te volgen. ALLARD, Rapport p. 81, XXXII. In zaken niet aan hooger beroep onderworpen zou den rechter de bevoegdheid kunnen gegeven worden om een mondeling bericht te verlangen. Zie art. 65 van het ontwerp en de toelichting bl. 153 v. Belg. ontw. art. 66. De Civilprozessordnung laat het aan het oordeel des rechters over of het bericht schriftelijk dan wel mondeling zal worden uitgebracht. Is het eerste bevolen dan is toch de rechter bevoegd de verschijning der deskundigen te gelasten om het bericht mondeling toe te lichten. Zie § 376 en STRUCKMANN en KOCH op deze §.

Het fr. ontwerp van 1886 volgt ditzelfde stelsel in tit. XII des expertises, art. 11, 13 en 20.

c. Inzending v. het bericht. De deskundigen zijn gehouden het bericht neder te leggen ter griffie van het gerecht dat het bevolen heeft binnen den door den rechter te bepalen termijn. art. 232.

De hier bedoelde termijn moet in het vonnis worden opgenomen. Hij kan, bij gebreke daarvan, ook bij de eedsaflegging worden bepaald en dan in het procesverbaal daarvan worden aangewezen.

De griffier moet van de overbrenging doen blijken, zegt art. 232 en, ofschoon de wijze waarop hier niet bepaald wordt, is hij tot het opmaken van een akte van depôt verplicht door art. 43 der wet van frimaire VII. Daardoor is ook de registratie van het bericht zelf verzekerd voor de schatkist, art. 42 derzelfde wet. Verg. art. 68 § 1 n°. 26 en 35. Dat een bewijs van ontvang hier zou kunnen volstaan meent de ontwerper terecht. art. 70.

De deskundigen worden voor hunne werkzaamheden beloond naar het aantal vacatiën daaraan besteed. Die vacatiën worden door den voorzitter van het collegie begroot op de minuut van het rapport overeenkomstig art. 61 van het tarief. Zie ook art. 62, 63 en 66 n°. 1. ald. De alzoo verschuldigde belooning kan door de deskundigen op een voor tenuitvoerlegging vatbaar bevelschrift worden gevorderd van de partij, die het bericht heeft verlangd of die het, waar het ambtshalve bevolen werd, vervolgd heeft. art. 232 § 2. Het komt mij voor, dat door deze bepaling afdoende weêrlegd wordt het gevoelen van de meeste fransche schrijvers, gewraakt intusschen door eene uitspraak van het hof van Grenoble CARRÉ—CHAUVEAU Q. 1190, GARSONNET p. 562) volgens hetwelk de deskundigen zouden kunnen weigeren hunne werkzaamheden aan te vangen, indien niet hunne kosten en salarissen ter griffie waren geconsigneerd. Het gezag der schrijvers over de ordonnantie is hier niet afdoende, allerminst het beroep op eene bepaling als thans nog ook bij ons in art. 221 wordt aangetroffen. Er is geen analogie, en al ware deze er, de bepaling van art. 232 § 2 geeft het antwoord op de vraag, hoe zij hunne belooning krijgen. Van stilzwijgen der wet is dus geen sprake. Alleen eene niet gerechtvaardigde traditie (vergel. POTHIER de la procédure civ. n°. 146) pleit voor het hier bestreden gevoelen.

Evenzeer is door de bepaling van art. 232 (319 C. de pr.) de hoofdelijke aansprakelijkheid der partijen uitgesloten; art. 1848 B. W. (art. 2002 C. C.) is hier niet van toepassing en eene ondeelbaarheid aan te nemen omdat de werkzaamheden aan de deskundigen opgedragen ondeelbaar waren, wat BONCENNE IV p. 492 beweert, met MERLIN, op gezag van een arrest van het Hof van Cassatie, v° Expert, n°. IX, heet ik de wet forceeren om er iets uit te halen wat er niet in staat. GARSONNET neemt met CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1207 de hoofdelijke aansprakelijkheid aan voor het geval dat beide partijen te zamen de expertise hebben gevraagd. waaronder ook begrepen is het geval dat de wederpartij heeft berust in het verzoek arg. art. 2002 C. C. GARSONNET § 352 n°. 6.

Indien de deskundigen weigeren het bericht ter griffiie over te brengen of dit niet doen binnen den bepaalden termijn, zijn zij niet alleen, volgens art. 229, tot schadevergoeding verplicht, maar zij kunnen zelfs op de vordering van de meest gereede partij door den rechter die het bericht opdroeg, bij lijfsdwang veroordeeld worden om het bericht ter griffie neder te leggen. art. 233. Bij eene verplichting om iets te doen, waar de gerechtigde met schadevergoeding niet afdoende wordt geholpen en deze meer preventieve dan repressieve kracht heeft, is de toepassing van lijfsdwang zeker volkomen gerechtvaardigd, maar of dit middel voor partijen een praktisch resultaat zal opleveren, daar het de benoeming van andere deskundigen in den weg staat en het werk van onwilligen weinig belooft, is zeer onwaarschijnlijk. Het Wetb. van 1830 kent de bepaling niet, evenmin het belgische noch het fransche ontwerp.

De vordering wordt volgens art. 233 aangebracht bij den rechter die de deskundigen heeft benoemd, aan welke woorden wel dezelfde beteekenis zal moeten gegeven worden als zij in art. 220 § 2 hebben. Zie boven bl. 85.

»De rechtspleging hierover geschiedt summierlijk en zonder verdere instructie", dus vertaalt art. 233 § 2 de bepaling van art. 320 C. de pr.: »il y sera statué sommairement et sans instruction". Dat moet nu bij ons, om art. 140 n°. 5, wel beteekenen dat de summiere behandeling moet worden gevolgd en daardoor zal het minder summier zijn dan de Code bedoelde. Alweer een bezwaar tegen dit art. 233, dat het Wetb. 1830 wijselijk had weggelaten, welke weglating, in de oogen van onzen wetgever van 1837 »eene onvolledigheid had veroorzaakt". Zie mijne opmerkingen over deze

bepaling in: het summier proces. bl. 33—35. Het voorstel HARTOGH bepaalt in art. 233 § 2 dat de rechter uitspraak doet, de verschenen deskundige gehoord, zonder voorafgaande conclusiën.

§ 102. PROCEDURE NA 'T BERICHT.

Hoe verder te procedeeren.

Nadat het bericht ter griffie is nedergelegd wordt door de meest gereede partij aan de wederpartij een afschrift daarvan beteekend met oproeping tegen eene bepaalde terechtzitting om voort te procedeeren.

Oproeping en beteekening geschieden bij akte van procureur tot procureur, art. 234.

De inhoud van het bericht wordt door partijen bepleit: het oordeel der deskundigen in zijne beweegredenen en gevolgtrekkingen gewaardeerd en de invloed daaraan op de beslissing der zaak toe te kennen, aangedrongen of bestreden.

Het eindoordeel is aan den rechter, aan wien het vrijstaat tot betere inlichting andere deskundigen te benoemen.

Deze worden dan bij vonnis benoemd zonder dat partijen daarin worden gekend. Overigens wordt de hiervoor beschreven procedure herhaald, met deze wijziging alleen, dat de nieuwbenoemde deskundigen aan de vorigen zoodanige ophelderingen mogen vragen als zij oirbaar achten, art. 235.

Dat het bericht ter griffie wordt nedergelegd en alzoo, op eene onzijdige en openbare plaats in bewaring gebracht, aan de beschikking van partijen onttrokken wordt, is hoogst noodzakelijk, maar dat het verder voor partijen en den rechter alleen dient om door middel van het beteekende afschrift er kennis van te nemen, kan tot omslag en kosten leiden. Waarom kunnen partijen daarvan gèen inzage, afschrift of uittreksel ter griffie nemen en de rechter van het oorspronkelijk stuk gebruik maken? Dit schijnt de bedoeling van het Ontwerp art. 70. Zie de toel. bl. 153.

Het avenir behoeft hier, naar den inhoud van art. 234, niet anders dan de oproeping om voort te procedeeren in te houden. Op de aangewezen terechtzitting zal dan wel niet dadelijk gepleit, maar een dag voor de pleidooien bepaald worden, tenzij partijen nog eerst weder conclusiën meenen te moeten nemen wat in ver-

band met de algemeene strekking der pleidooien (toelichting van conclusiën) ordelijk en rationeel kan schijnen. Noodzakelijk kan dit evenwel niet geacht worden en daarom verbiedt het ontwerp terecht die conclusiën. art. 70 § 3. Het voorstel HARTOGH doet met art. 234 de beteekening van het bericht vervallen. Ook wordt, volgens art. 228 nieuw van dat voorstel, door de Rechtbank, bij eene in het procesverbaal van eedsaflegging op te nemen beslissing, o. a. de terechtzitting aangewezen bestemd tot de voortzetting der zaak. Daardoor vervalt de oproeping tot voortprocedeeren. Mocht op dien aangewezen dag het bericht nog niet zijn ingekomen, dan verschijnen de praktizijns voor niet ter terechtzitting; de rechter kan dan niet anders doen dan op verzoek van partijen een nadere dag tot voortzetting van de zaak bepalen.

Bij de discussiën over de wet van 1 Juli 1850 n°. 25 omtrent de Munt, in de Tweede Kamer, vond Mr. DIRK DONKER CURTIUS de gelegenheid om den inhoud der pleidooien naar aanleiding van een bericht van deskundigen aan te wijzen, ten einde te betoogen dat in burg. zaken de kracht van een bericht v. d. daarin ligt dat partijen bij het onderzoek tegenwoordig zijn en bij dat onderzoek aanmerkingen mogen maken (verg. bl. 92), welke in het procesverbaal moeten opgenomen worden. »Daarin", zeide hij »ligt de kracht van het rapport en dit zal ik u aantoonen. Hoe gaat het met dergelijke zaken? Nadat het rapport is uitgebracht, wordt het rechtsgeding voortgezet en ten principale behandeld. Het rapport is voordeelig voor de eene, nadeelig voor de andere partij. De laatste gaat nu het rapport uitkleeden. Zij heeft aanmerking op alles, op de wijze waarop het onderzoek is ingesteld, het standpunt waarvan de experten zijn uitgegaaan, enz., maar wat zegt nu de tegenpartij? Alle die aanmerkingen zijn ex post uitgevonden, zij hadden bij de expertise moeten zijn voorgebracht, bij het onderzoek moesten die opmerkingen gemaakt zijn, toen de experten er waren; toen hadt gij moeten zeggen: gij moet daar en niet daar beginnen, gij moet niet deze wijze, maar die wijze volgen. Dit hebt gij niet gedaan en juist omdat gij dit niet gedaan hebt, hebt gij zelve den weg door experten gevolgd goedgekeurd. In de bevoegdheid om aanmerkingen te maken daarin ligt juist de kracht van eene expertise". Handelingen Staten Gen. Tweede Kamer 1849—1850 Dl. I. Daarin mag veel waars zijn maar het blijft de

vraag: wat zal de rechter zeggen? en deze zal toch zeker op die bestrijding ter waardeering mogen letten.

Over de bepaling van art. 235 in verband met de bewijskracht van het bericht heb ik hierboven gesproken bl. 69.

Staat het den rechter al niet vrij aan de deskundigen inlichtingen ter terechtzitting te vragen, ook dan niet wanneer daardoor art. 231 geen gevaar liep geschonden te worden, art. 235, dat hem de bevoegdheid geeft andere deskundigen te hooren, zal hem toch niet beletten van dezelfde deskundigen een nader schriftelijk bericht te vragen, indien zij zich bijv. blijkbaar in de feiten, waarover zij te oordeelen hadden, vergist hebben en deze dwaling zoodanigen invloed op hun oordeel heeft gehad, dat de rechter nu van de vereischte voorlichting verstoken is. Cf. CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1214. 2°. Acht de rechter de benoeming van andere deskundigen noodig, dan geschiedt dit op grond dat hij in het bericht de vereischte inlichting niet vindt, die hij dan van anderen denkt te bekomen. Hij behoeft daarom het eerst uitgebrachte rapport niet nietig te verklaren. Integendeel zal dit stuk tot die stukken behooren, welke volgens arr. 230 aan de deskundigen worden ter hand gesteld. Zullen deze nieuw benoemde deskundigen in staat worden gesteld om aan de vorigen ophelderingen te vragen, dan zullen zij toch wel met het door dezen uitgebracht rapport bekend moeten zijn. CHAUVEAU bij CARRÉ Q. 1214, 3°.

Ofschoon, gelijk ik vroeger bl. 69 opmerkte, in art. 235 min juist van ambtshalve wordt gesproken, geeft toch dit woord duidelijk te kennen, dat de rechter in deze zijne handeling geheel vrij is en het uitbrengen van dit nieuw bericht aan deskundigen van zijne keuze opdraagt; art. 223 § 3 blijft hier dus buiten toepassing.

GARSONNET § 352 n[t] 35. Verg. art. 227 en wat ik daaromtrent opmerkte bl. 85.

§ 103. HET BERICHT VAN DESKUNDIGEN BIJ DEN KANTONRECHTER.

Procedure. Wanneer de kantonrechter een bericht van deskundigen noodig acht, zal hij dit ambtshalve of op verzoek van eene der partijen bevelen. Wordt het bericht op verzoek van eene der partijen bevolen dan wordt, op beider verzoek, één deskundige benoemd;

anders benoemt de kantonrechter drie. De benoeming geschiedt bij het vonnis hetwelk het bericht beveelt en daarbij worden tevens plaats, dag en uur voor het onderzoek aangewezen.

De deskundigen worden door de meest gereede partij gedagvaard om het bevolen onderzoek in te stellen met vermelding van het dispositief van het vonnis waaruit den deskundigen van het voorwerp van het onderzoek, de hun gedane opdracht en van plaats en tijd voor het onderzoek bepaald, blijkt.

De deskundigen moeten op straffe van nietigheid vóór den aanvang hunner werkzaamheden worden beëedigd. De redenen van wraking moeten vóór de eedsaflegging worden voorgedragen.

De deskundigen worden op de terechtzitting of op de andere daarvoor aangewezen plaats door den rechter gehoord.

In zaken aan hooger beroep onderworpen maakt de griffier een procesverbaal op van de door deskundigen afgelegde verklaringen en het door hen uitgebracht gevoelen. Daarin wordt tevens melding gemaakt van den door hen afgelegden eed. Het wordt door den kantonrechter, den griffier en de deskundigen onderteekend. Kunnen de laatste dit niet doen dan wordt daarvan melding gemaakt.

In zaken niet aan hooger beroep onderworpen wordt geen procesverbaal opgemaakt. Dan wordt in het vonnis van de eedsaflegging melding gemaakt en de slotsom van der deskundigen bericht wordt daarin opgenomen. Artt. 101, 102, 125.

De bepalingen omtrent het bericht van deskundigen in de procedure voor het kantongerecht zijn verre van volledig. Art. 101 en 102 behandelen het onderwerp niet in zijn geheelen omvang; zij behoeven meer aanvulling dan wat uit tit. III, afd. 8 in art. 125 toepasselijk verklaard wordt, geven kan. Alleen van de »wrakingen van deskundigen" wordt daar gesproken en de daartoe betrekkelijke bepalingen kunnen niet eens alle in toepassing komen.

Uit de art. 101 en 102 volgt dat, overeenkomstig de strekking van de procedure bij het kantongerecht, ook bij dit incident veel van den omslag die bij de collegiën is voorgeschreven, is vermeden. Vreemd mag het schijnen dat er van deze meerdere beknoptheid voor de regeling bij de collegiën geen partij is getrokken, zoodat bijv., terwijl men daar van niet anders dan van een schriftelijk rapport wil weten en men zelfs de geheimhouding van de adviezen bij verdeeldheid der gevoelens van overgroot gewicht acht, hier

alles mondeling geschiedt. Had men in beide gevallen dit punt facultatief gelaten met voorkeur voor het een of ander, er ware een beginsel gevolgd; de uitsluitendheid van schrift in het eene en van mondelingheid in het andere geval is van beginselloosheid niet vrij te pleiten.

Daar de wetgever de benoeming aan den rechter overlaat en dit punt hier opzettelijk regelt, is aanvulling uit de bepp. van den IIIen titel niet toe te laten en de invloed van partijen op de benoeming formeel uitgesloten. De wijze van procedeeren bij den kantonrechter geeft evenwel gelegenheid genoeg dat de kantonrechter, voor het geval dat het bericht door een der partijen verlangd wordt, hun gevoelen omtrent de keuze der deskundigen verneme en aan beider overeenstemmend verlangen voldoe.

De beteekening van het vonnis aan de wederpartij (art. 223 § 2) valt hier niet alleen weg, maar ook den deskundigen wordt niet het geheele vonnis beteekend dat, met een willige pen opgesteld, al vrij wat motieven over de feiten, de gevoerde procedures en het recht kan bevatten, maar alleen het dispositief, dat het voorwerp van het onderzoek bevat. Waartoe aan de deskundigen in het proces voor de collegiën een afschrift van het geheele vonnis moet beteekend worden dat hun nog eens weder bij het onderzoek ter hand gesteld wordt?

De deskundigen die hier dadelijk tot het doen van het onderzoek opgeroepen worden, behoeven niet afzonderlijk tot de eedsaflegging te worden opgeroepen, die van zelf plaats heeft voordat het onderzoek aanvangt. Uitstel kan niettemin noodig zijn en wordt noodzakelijk, als de wraking van een of meer deskundigen de benoeming van anderen noodzakelijk maakt. Die wraking kan hier eerder voorkomen omdat niet partijen maar de rechter alleen benoemt.

De termijn van de oproeping moet hier wel de gewone termijn zijn, wijl de bepaling van art. 224 § 2 niet kan worden toegepast. Dat art. 226, al behoort het tot de wraking, niet kan worden toegepast, behoeft geen betoog.

Dat partijen bij het hooren van de deskundigen tegenwoordig zijn onderstelt art. 101 § 4 en dat zij dan, altijd onder leiding van den rechter, aan de deskundigen opmerkingen zullen mogen maken, ligt zoozeer in den aard van de wijze waarop hier geprocedeerd wordt, dat het ook zonder de toepasselijkverklaring van art. 230 moet zijn toegelaten.

Art. 231, 232 en 233 zijn hier niet toepasselijk. Maar de niet-toepasselijkheid van art. 233 volgt alleen daaruit, dat lijfsdwang niet mag worden toegepast buiten de gevallen bij de wet bepaald. Daar de deskundigen hier dadelijk tot het onderzoek worden opgeroepen, zal van eene nalatigheid in het niet nakomen der verplichting die zij door de eedsaflegging op zich nemen, niet zoo licht sprake zijn, maar zij kan zich toch voordoen, wanneer een uitstel heeft plaats gehad. Dan zal wel niet art. 233 maar toch art. 229 § 2 toegepast kunnen worden, behalve wat de competentie des rechters betreft. Daaromtrent moet het hier bij den regel van het forum domicilii blijven.

Al zijn de bepalingen van het tarief artt. 61—63 kennelijk met het oog op deskundigen voor de collegiën geschreven, sluit toch hun inhoud de toepassing ook op die bij de kantongerechten niet uit. Ook deze deskundigen zijn zeker even goed als de anderen hun loon waardig. Dit hangt evenzeer, volgens art. 61, voor een goed deel van 's rechters begrooting af. Die begrooting zal hier, naar de bewoordingen van art. 61, door den kantonrechter moeten geschieden, maar hoe krijgen de deskundigen hun geld? Aan den kantonrechter de bijzondere macht toe te kennen, welke de wet aan den voorzitter van het collegie toekent om een bevelschrift van tenuitvoerlegging te geven, gaat niet aan. Waar het verschuldigde niet vrijwillig betaald wordt zal de meest gereede partij van art. 101 daartoe wel door deskundigen moeten aangesproken worden, maar zij zullen de gewone wijze van procedeeren moeten volgen en dan in de noodzakelijkheid kunnen komen de door den kantonrechter die het bericht beval, begroote kosten bij een anderen rechter in te vorderen.

Voor de bepalingen van art. 231 komt hier het bepaalde bij art. 102 omtrent de opneming van het bericht, in het procesverbaal of in het vonnis, in de plaats.

Wanneer het bericht is uitgebracht, of liever wanneer de deskundigen door den rechter zijn gehoord, kan de kantonrechter, na verhoor van partijen en op de plaats zelve, dadelijk uitspraak doen. Art. 101 § 4. **Procedure na 't bericht.**

Beteekening van het bericht, dat niet wordt in schrift gesteld en niet wordt gedeponeerd, vervalt hier en, wijl alles in tegenwoor-

digheid van den rechter en van partijen voorviel, zal allicht, en zeker in 't belang van eene richtige behandeling van de zaak, die nu allen klaar voor oogen staat, het onmiddellijk verhoor van partijen het best aan het doel beantwoorden. Een uitstel is wel niet onmogelijk, doch dan vervalt toch ook eene herhaalde oproeping, wijl de rechter den lateren dag bepaalt, art. 13.

Het bewijsmiddel verandert niet van aard, nu dit in eene procedure voor den kantonrechter wordt toegepast. Daarom moet art. 236 van toepassing zijn en, ofschoon er door het mondeling verhoor niet zoo licht aanleiding tot toepassing van art. 235 zal bestaan, moet toch ook, indien de benoemde deskundigen het vereischte licht niet kunnen aanbrengen, de rechter bevoegd zijn anderen te benoemen. Waarom zou hij dit voor de tweede maal niet kunnen doen, als hij voor zijne rechtspraak voorlichting van deskundigen noodig heeft en die nu niet minder behoeft dan toen hij het eerste bevel gaf? Bedenkt men dat art. 235 alleen bestemd was om buiten twijfel te stellen, dat partijen van de uitspraak der deskundigen niet op anderen in beroep konden komen, dan kan de toepasselijkheid van art. 235 voor de procedure bij den kantonrechter al heel weinig bezwaar opleveren. Het arg. a contrario aan art. 125 ontleend, zou sterker zijn, indien dit artikel overigens bleek met zorg en nauwkeurigheid gesteld te wezen.

§ 104. BERICHT VAN DESKUNDIGEN VOORWERP VAN HOOFDVORDERING.

Wanneer? Het onderzoek van deskundigen geeft tot een incident in een geding aanleiding en wordt op eene incidenteele vordering bevolen zoo dit niet ambtshalve geschiedt. Het kan alleen het voorwerp eener hoofdvordering zijn waar de wet tot regeling van een belang der bijzondere personen een onderzoek van deskundigen voorschrijft, en, met het oog op een nader te voeren geding alleen, wanneer de wet dit toelaat.

Het bericht van deskundigen wordt in de achtste afdeeling van tit. III, B. I, alleen geregeld als een incident in het geding; als middel tot opheldering van hetgeen in een geding aan 's rechters oordeel wordt onderworpen en tot welks waardeering bijzondere kundigheden vereischt worden. Kan het bericht van deskundigen desniettemin het hoofdvoorwerp van eene vordering zijn? Die vraag

moet zeker bevestigend worden beantwoord, omdat en voorzoover wettelijke bepalingen de benoeming van deskundigen als eenig voorwerp van eene vordering of verzoek onderstellen. Zoo zal, wanneer in geval van art. 184 B. W. het eenig verschil tusschen partijen bestaat over de waarde van teruggevorderde goederen en, terwijl zij zich in der minne niet kunnen verstaan, een hunner niet wil medewerken tot benoeming van deskundigen, de vordering tot benoeming van deskundigen door de andere ingesteld kunnen worden. Evenzoo in het geval van art. 675 § 2, als partijen het overigens eens zijn, maar het over de schadevergoeding niet eens kunnen worden. Ook moet volgens art. 689 de vordering ontvankelijk zijn om deskundigen te benoemen tot het maken van de daar bedoelde regeling. Zie ook artt. 1124 en 1605 B. W. Voorts art. 347, 622, 643, 714, 724 W. v. K.

Betwistbaar wordt de vraag, wanneer het geldt een onderzoek van deskundigen, dat iemand in zijn belang acht om een toestand te constateeren of feiten te waardeeren met het oog op een geding dat daarover zal kunnen ontstaan. Daarvan leveren de artt. 93 en 94 K. een voorbeeld op, bij beschadiging of vermindering van vervoerde koopmanschappen en bij weigering van de aanneming der vervoerde koopmanschappen, indien althans de gerechtelijke bezichtiging, waarvan art. 93 spreekt, eene opneming door deskundigen medebrengt. In deze gevallen wordt evenwel bij verzoekschrift geprocedeerd, zoodat het eer eene handeling van volontaire dan van contentieuse jurisdictie is. Zie ook art. 712, bij beschadigd aanbrengen van verzekerde goederen. Betwistbaar is de vraag, omdat men kan twijfelen of hier een algemeen beginsel in enkele bijzondere gevallen wordt toegepast, dan of de voorziening zelve van bijzonderen aard is; m. a. w. of men het argumentum a contrario of dat a fortiori zal moeten toepassen. De fransche schrijvers zijn voor het meerendeel van oordeel, dat de principale vordering van een verhoor van deskundigen is uitgesloten. De jurisprudentie der fransche gerechtshoven besliste echter meermalen in tegenovergestelden zin, totdat het Hof van Cassatie zich, bij arr. van 25 Oct. 1886, met de meerderheid der schrijvers vereenigde. De leer van het Hof werd nader aangedrongen door den raadsheer in het Hof van Aix, E. VALABRÈGUE, in een opstel: de l'enquête et de l'expertise in futurum, opgenomen in de Revue Critique van 1888 bl. 496 vv. GARSONNET die het punt besprak

voordat het arr. van het Hof van Cassatie was gewezen, acht de vraag weinig twijfelachtig. Hij zegt eenvoudig § 347: »L'expertise que le Code de procédure ne suppose qu'à l'état d'incident, mais qui pourrait être principale aussi bien et par les mêmes raisons que l'inscription de faux, la vérification d'écriture et l'enquête" etc. Men kon deze uitspraak te eerder van den schrijver verwachten nadat hij in § 118 betoogde, dat de regel »Pas d'intérêt, pas d'action" zijn tegenhanger daarin zou hebben, dat ieder belang eene actie medebrengt, terwijl hij daaromtrent zelf beweert: »ce principe, auquel les tribunaux ne sauraient porter atteinte sans commettre un déni de justice, doit être entendu largement". En als toepassing van dit beginsel voert hij aan het geval dat een eigenaar in 't vredig genot van zijn goed bedreigd wordt door werken die zijn buurman op diens eigen erf onderneemt; dan kan hij eene opneming door deskundigen vragen ten einde den tegenwoordigen toestand van de erven te constateeren om het belang dat hij heeft op het behoud van dien toestand, opdat hij op die wijze den grondslag legge voor eene later in te stellen vordering tot schadeloosstelling indien werkelijk schade mocht worden toegebracht. Zoo beweert ook LAURENT XXV n°. 267, dat de verhuurder gerechtigd is om gedurende den huurtijd aangebrachte schade door deskundigen te doen constateeren en daartoe eene vordering in te stellen. »On ne peut agir en justice", dit stelt hij voorop, »sans demander au juge une condamnation quelconque contre la partie adverse; or dans l'espèce, le bailleur, on le suppose, ne peut pas conclure à des dommages-intérêts, dès lors il n'y a pas de litige. Doch dan gaat hij voort: »On admet toutefois plus généralement que le demandeur peut demander une expertise judiciaire; il y a intérêt, puisqu'une expertise qui ne serait pas contradictoire ne formerait pas preuve contre le preneur; si donc celui-ci refuse de procéder à une expertise, il y a débat, ce qui suffit pour que le tribunal intervienne". Ik zie in dit beweren evenwel niets meer en niets minder dan eene petitio principii. Inderdaad, gelijk terecht door VALABRÈGUE t. a. p. wordt opgemerkt, is de regeling der procedure, zooals die ook in ons Wetb. van Burg. Rechtsv. is opgenomen, op de beslissing van rechtsgeschillen ingericht en derhalve heeft de rechter in het algemeen slechts dan maatregelen van onderzoek voor te schrijven, wanneer deze tot de beslissing van een geschil noodzakelijk zijn. Ontstentenis van belang moge aanleiding kunnen geven om iemand

in de handhaving van een beweerd recht niet-ontvankelijk te verklaren, de rechtstrijd is geen strijd over een belang maar over een recht of rechtsbetrekking die wordt betwist of geschonden door hinder in de uitoefening daarvan veroorzaakt en daarom is een belang op zichzelf niet voldoende om een geding te rechtvaardigen. De taak van den burgerlijken rechter wordt in de Grondwet zelve omschreven te bestaan in kennisneming van twistgedingen over eigendom of daaruit voortspruitende rechten, over schuldvordering en andere burgerlijke rechten. Nu zoude zeker de Grondwet niet geschonden zijn, indien de tusschenkomst des rechters eveneens werd toegelaten tot constateeren van feiten of toestanden, die later tot geschil aanleiding kunnen geven, doch de enkele bepalingen, welke daarover in de wet voorkomen, wijzen op voorzieningen in zeer bijzondere omstandigheden, zij bevatten regelingen als in art. 93 en 94, 712 K., regelingen buiten geding bij wijze van vrijwillige rechtspleging, terwijl de opzettelijke regeling van het voorloopig getuigenverhoor allezins bevestigt de juistheid dier meening, dat dergelijke maatregelen buiten de orde zijn en dat alzoo wat ten opzichte van getuigen bepaald is, geenszins tot deskundigen mag worden uitgebreid. De voorlichting des rechters welke bij het onderzoek van deskundigen op den voorgrond staat vervalt hier geheel en de richting waarin dat onderzoek en het debat daarover plaats heeft verandert geheel van aard.

Moeilijk kunnen de fransche auteurs het gevoelen rechtvaardigen dat ook, en dan zijn zij consequent, een voorloopig getuigenverhoor kan plaats hebben, niettegenstaande de wet dit niet regelt; omdat deze instelling, in de vroegere wetgeving erkend, reeds door de Ordonnantie van 1667 om hare nadeelen en gevaren was afgeschaft. Het Hof van Cassatie overwoog terecht in het aangeh. arr.: »que l'expertise est un moyen d'instruction pour éclairer les tribunaux sur la solution d'une demande principale qu'elle suppose nécessairement; qu'il appartient, en effet, aux juges d'apprécier souverainement, si cette mesure est nécessaire ou utile, de la preserire ou bien de la rejeter, et en ce cas, de statuer immédiatement au fond; que, d'autre part, il importe au défendeur de connaître dès le début d'un procès, ce que son adversaire entend lui demander, afin de pouvoir décider de suite et sans procédure s'il doit acquiescer ou contester; d'où il suit qu'une demande en nomination d'experts ne saurait faire l'objet unique d'une action principale; qu'en décidant

qu'une semblable demande formée par le demandeur en cassation n'était pas recevable, l'arrèt attaqué n'a violé ni l'art. 61 C. de pr., ni les principes de la matière." Van het toelaten der rechtsvordering tot benoeming van deskundigen om met het oog op een eventueel proces reeds nu een toestand te constateeren kan met recht gezegd worden wat omtrent het toelaten van andere actien buiten de wet door de fransche jurisprudentie wordt opgemerkt door M. Planiol in een examen doctrinal (Revue Critique 1889 p. 583 v. v.): »C'est un nouvel exemple de jurisprudence prétorienne. L'action donnée dans ces conditions est véritablement une action *utile*, donnée en dehors et à côté des termes de la loi". Maar de fransche magistratuur veroorlooft zich veel in deze richting. Verg. Rechtsgeleerd Magazijn Dl. X, 1891, bl. 107 en 129.

Doch zal dan, wat van den gewonen rechter niet gevraagd kan worden in kort geding van den president kunnen worden verkregen? Dit geeft Valabrègue t. a. p. bl. 504 n°. 40 toe (zie ook Pandectes belges v°. Expertise civile n°. 122) om geen andere reden dan dat »si le juge du référé peut, en cas d'urgence, autoriser une expertise, il ne faut pas perdre de vue qu'il agit alors en vertu d'une juridiction particulière, dont les principes ne sauraient être transportés ici". Dit laatste moge waar zijn, maar men zal dan toch hebben te betoogen dat eene vordering als de hier besprokene tot de bevoegdheid des presidents behoort en hem, bij de regeling dier bevoegdheid in art. 289, is opgedragen. Daartoe zal zeker niet voldoende zijn dat in dezen eene onmiddellijke voorziening bij voorraad plaats heeft; want altijd zal de zaak ook vatbaar moeten zijn om door de rechtbank te worden berecht gelijk art. 291 vooronderstelt. Liever vereenig ik mij met eene overweging van het Hof te Amsterdam, waarop eene afwijzing van eene benoeming van deskundigen door den president werd goedgekeurd, luidende: »dat appellanten — blijkbaar uitgaan van de stelling dat eene benoeming van deskundigen tot eenig onderzoek, welke zij zelven zeer terecht oordeelen bij de gewone orde van procedeeren niet rauwelijks van de Rechtbank te kunnen vragen, van den in kort geding rechtsprekenden president bij rau-actie kan worden verkregen; dat echter eene van de gewone procesregelen zoo zeer afwijkende en den aard der expertise, als voorlichting van den rechter in een reeds aanhangig geding, miskennende bevoegdheid, niet mag worden ondersteld, maar uitdrukkelijk door de wet had

moeten zijn verleend; dat die bevoegdheid evenwel nergens bij de wet onbeperkt is toegekend, maar de wetgever, door haar in enkele speciale gevallen als in art. 94 K. te verleenen, veeleer heeft getoond haar, als van exceptioneelen aard buiten bepaald aangewezen gevallen niet te willen geven". Arr. 17 Febr. 1877 W. nº. 4090. Deze redeneering is zeker meer afdoende dan die van VALABRÈGUE, welke in de aan den president toe te kennen bevoegdheid een reden vindt waarom de klachten over het stelsel dat den gewonen rechter die bevoegdheid ontzegt, ongegrond zijn, omdat de belanghebbende datgene wat hij van den gewonen rechter niet kan verkrijgen, bij den rechter in kort geding zal kunnen bekomen. Wordt daarmede niet aan de zoo hoog opgezette redeneering over de taak des rechters welke met het bevelen van een expertise, zonder bestaand geschil, niet zou zijn overeen te brengen, de bodem ingeslagen? De president der Rechtbank te Amsterdam heeft herhaaldelijk (zie vonnissen van 16 Maart en 18 Mei 1888 in Paleis van Justitie 1888 nº. 72) overeenkomstig de leer van het Hof uitspraak gedaan. Bij arrest van 22 Maart 1883 W. nº. 4897 vernietigde evenwel de H. Raad een arrest van het Hof te 's Hertogenbosch van 12 Sept. 1882, waarbij de Voorzitter der Rechtbank onbevoegd werd verklaard om een onderzoek van deskundigen te gelasten, terwijl er geen geschil aanhangig was. De H. Raad was van oordeel, dat »al moge de strekking der in deze in kort geding gedane vordering zijn geweest om in een voor de Rechtbank aanhangig of nog te voeren geding een bewijsmiddel te verkrijgen, de door den Voorzitter daarover gegeven uitspraak niet wordt eene interlocutoire, maar deze blijft eene beschikking bij voorraad, waarvan het belang voor partijen niet is betwist, zoodat het Hof ten onrechte den Voorzitter onbevoegd heeft verklaard". Dat bij den Voorzitter eene vordering zou kunnen worden ingesteld om in een bij de Rechtbank aanhangig geding een bewijsmiddel te verkrijgen met name een onderzoek door deskundigen te bevelen, zal nauwelijks iemand beweren en of de Voorzitter die macht zou hebben met opzicht tot een te voeren geding is m. i. verkeerdelijk afhankelijk gesteld van de vraag of hier de rede zou zijn van eene onmiddellijke voorziening bij voorraad in 't belang der partijen, dewijl eerst diende vast te staan, dat dergelijke vorderingen in 't geheel bij den rechter kunnen worden gebracht. De strijd welke in dit geding blijkt gevoerd te zijn over de vraag: interlocutoir of voorziening bij voor-

raad, heeft m. i. partijen en den rechter van den weg gebracht. Over de bevoegdheid van den president in kort geding, terwijl het geding over de hoofdzaak reeds bij de Rechtbank aanhangig is, naar de belgische en fransche jurisprudentie, zie DE PAPE Etudes sur la Compétence civile, 4me étude n°. 44, 45 T. I. p. 335.

Ik blijf dus bij het besluit dat een onderzoek van deskundigen alleen dan een voorwerp van eene hoofdvordering kan zijn, als de wet de waardeering van feiten of van een toestand aan deskundigen opdraagt en dus het eenig geschil dat tusschen partijen bestaat, de benoeming van deskundigen betreft, en voorts, met het oog op een later te voeren geding, niet anders dan krachtens uitdrukkelijke toelating door de wet.

Wanneer evenwel de partijen geen bezwaar hebben tegen een door den rechter te geven bevel tot onderzoek door deskundigen bij eene hoofdvordering, zal hij dan hebben toe te geven of zich onbevoegd te verklaren om een door de wet niet toegelaten en daarmede uitgesloten middel te bevelen? Het Hof van Cassatie in Frankrijk schijnt eens die vraag toestemmend beantwoord te hebben, doch VALABRÈGUE komt hier terug op het beginsel waardoor het middel moet geacht worden uitgesloten te zijn. En hij besluit m. i. terecht: »Un tribunal n'est appelé à faire acte de juridiction contentieuse qu'autant qu'il a à résoudre un vrai litige. Si les parties même volontairement dépassent ces limites, il appartient aux magistrats de les leur rappeler en sé déclarant incompétents". t. a. p. n°. 43. Dat evenmin en nog veel minder op verzoek van een der partijen een onderzoek door deskundigen kan worden bevolen ten einde door haar van het rapport dier deskundigen later zoodanig gebruik zal kunnen worden gemaakt als zij zal vermeenen te behooren, komt mij weinig betwistbaar voor. Zie vonnis Rechtbank van Amsterdam 25 Mei 1892 W. n°. 6230.

AFDEELING IV.

SCHRIFTELIJK BEWIJS.

TIT. I.

HET GESCHRIFT ALS BEWIJSMIDDEL.

§ 105. ALGEMEENE BESCHOUWING.

Wanneer de gronden waarop de waarheid van te bewijzen feiten wordt aangenomen, worden ontleend aan geschriften waarin die feiten zijn vermeld, dan is geschrift het middel waardoor het bewijs geleverd wordt. Daarin bestaat het schriftelijk bewijs of bewijs door geschriften. Karakter van schriftelijk bewijs in 't algemeen.

Zijn de feiten in schrift gesteld met het doel om ze daardoor later te bewijzen, dan worden de geschriften meer bepaaldelijk akten genoemd.

Doch ook waar een of ander feit in schrift werd gesteld zonder dat dit geschiedde met het doel om daardoor een bewijsmiddel te bekomen of te verschaffen, kan een geschrift gronden van bewijs opleveren.

Met geschrift kunnen worden gelijkgesteld andere teekenen waardoor de herinnering van zekere plaats gehad hebbende feiten bewaard wordt.

De benaming van schriftelijk bewijs toont zoo duidelijk aan wat daaronder te verstaan is, dat eene nadere bepaling eer tot verduistering dan tot opheldering van het begrip zou leiden.

Geen beter middel om de herinnering van feiten voor de toekomst te bewaren dan ze in schrift of te boek te stellen. Al wordt iemand opzettelijk bij het voorvallen van een feit geroepen, al zijn er bijzondere omstandigheden uitnemend geschikt om een diepen indruk van het voorgevallene achter te laten, al werd zelfs het herinneringsvermogen gescherpt door oorvijgen of oortrekken bij het voorvallen van eenig feit ontvangen, altijd zal het afhangen van het herinneringsvermogen of van het bestaan van den betrokken per-

soon — en wie bepaalt daarvan den duur? — of de mogelijkheid bestaat om de herinnering van het feit te bekwamer tijd op te wekken en terug te geven. Om het in schrift gestelde in herinnering te doen blijven wordt slechts het bewaren van het geschrift vereischt en voor de duurzaamheid dier bewaring kunnen meer dan één afdoende maatregel worden genomen.

Hoe uitstekend het geschrift zij als middel om de herinnering van voorgevallene feiten te bewaren, zal het als bewijsmiddel dienen dan is een eerste vereischte, dat het gebeurde naar waarheid werd teboek gesteld. Maakt soms hetgeen gedrukt wordt, omdat het gedrukt is op velen zoodanigen indruk, dat zij aan de waarheid daarvan nauwelijks twijfelen, zóó zelfs dat die indruk niet alleen van de mate van ontwikkeling van den lezer afhankelijk is; is zelfs het spreekwoord: hij liegt alsof het gedrukt is, eene bevestiging van de eigenschap aan het in druk neergestelde verhaal toegekend — met het geschrevene gaat dit zóóver niet. Hoe dit zij, het is niet de vraag, welk vertrouwen in het algemeen in het schrift gesteld wordt, noch minder welk vertrouwen deze of gene daarin stellen wil, maar welke objectieve waarborgen het geschrift voor de waarheid van zijn inhoud oplevert. Hierop komt het aan, wanneer aan het in schrift gestelde grond van bewijs wordt ontleend.

Zoo zal wel vooral bewijskracht worden toegekend aan die geschriften, welke opgemaakt zijn met het doel om te zijner tijd bewijs van het in schrift gestelde op te leveren, en waar het feiten betreft, waaruit rechten kunnen ontstaan of hun bestaan kan worden afgeleid, zal de bewijskracht in hooge mate daarvan afhangen of zij voor wie die feiten nadeelige gevolgen kunnen hebben tot het in schrift brengen hebben meegewerkt en ook of dit is geschied door onpartijdige betrouwbare personen.

Wanneer een geschrift is opgemaakt met het doel om te zijner tijd tot bewijs te strekken van daarin beschreven rechtsfeiten dan kan de bewijskracht van dat geschrift nog dit eigenaardige hebben, dat de rechter niet eens naar de waarheid van de feiten onderzoek heeft te doen maar dat het geschrift voldoende is om hem de waarheid van de daarin opgenomen verklaring, dat die feiten voorgevallen zijn, te doen aannemen. Dit is vooreerst daarvan het gevolg, dat de bijzondere personen de vrije beschikking hebben over de hun toekomende rechten. Willen zij als waar aannemen feiten waarvan hunne rechten en verplichtingen afhan-

kelijk zijn, dan heeft de rechter er geen belang bij die waarheid niet aan te nemen, voorzoover niet de openbare orde of de zedelijkheid er mede gemoeid is en voor hem is 't voldoende, dat de waarheid van de afgelegde verklaring als vaststaande kan worden aangenomen. Evenzoo is dit het geval, wanneer zekere feiten onder de noodige waarborgen in schrift zijn gesteld door personen welke van staatswege met betrouwbaar gezag bekleed zijn. Wanneer dan belanghebbenden niet aantoonen dat in een bijzonder geval dat betrouwbaar gezag is misbruikt, dan staat voor den rechter de waarheid van het in schrift gestelde feit vast, omdat het aldus in schrift werd gesteld. Berusten dan de in schrift gestelde feiten op verklaringen van belanghebbende partijen, dan kunnen zelfs die partijen, als 't vaststaat dat zij aldus verklaarden, de waarheid van hetgeen zij verklaarden, niet tegenspreken. Zoo kan de aard van het burgerlijk geding en de vrije beschikking, welke de bijzondere personen hebben over de daarbij in geschil komende rechten, tengevolge hebben dat wat formeel waar is, als materiëel waar moet worden aangemerkt. De regel is dat, wat partijen als waar willen aannemen door den rechter als vaststaande moet worden aangenomen.

Dat geschriften, die met het doel om bewijs van het in schrift gestelde op te leveren werden opgemaakt, de belangrijkste plaats onder de schriftelijke bewijzen innemen, ligt voor de hand. Zij worden niet ten onrechte tot een groep van bewijsmiddelen gebracht die door sommige fransche schrijvers preuves préconstituées genoemd zijn, eene benaming die zelfs aan alle schriftelijke bewijsstukken, zij het dan niet in de volle beteekenis van het woord, kan worden gegeven. De benaming van akte verklaart zich uit het quod actum est, waarmede dergelijke oorkonden, ten bewijze opgemaakt, plachten besloten te worden, wat nog voortleeft in het bij onze notarissen en procureurs gebruikelijk slotwoord: waarvan acte, dat nu evenwel de beteekenis heeft als: waarvan dit geschrift is opgemaakt. »Fiunt enim scripturae ut quod actum est per eas facilius probari possit." l. 4. D. XXII. 4. Akte heeft bij ons doorgaans de beteekenis van geschrift, toch komt het woord in meer dan eene bepaling in de beteekenis van handeling voor. Zie artt. aangehaald bij Diephuis II. bl. 321 n[t]. 3, waarbij nog te voegen art. 1451 B. W.

De hier en daar in de wet voorkomende uitdrukking van »schriftelijke akte" wijst er ook op dat bij den wetgever het woord »akte" niet uitsluitend de gedachte aan een »geschrift" opwekt.

Wanneer de geschriften, welke feiten vermelden waaraan rechtsgevolgen kunnen verbonden zijn, niet met het doel om bewijs op te leveren, althans niet met medewerking van alle daarbij belanghebbende partijen worden opgemaakt, dan kunnen daaraan desniettemin wel bewijsgronden ontleend worden. Want is het feit geboekt om daarvan de herinnering te bewaren dan kan er reden bestaan om de waarheid daarvan aan te nemen, wel niet indien of voorzoover het feit voordeel zou kunnen opleveren voor hem die het te boek stelde, maar wel voor het tegendeel en ook het eerste nog wel, indien bijzondere waarborgen voor de waarheid bestaan, zoodat deze, niettegenstaande zij ook den schrijver voordeelig zij, aannemelijk is. Zie de bepalingen over huiselijke registers en papieren enz. a. 1918—1920 B. W.

De tegenstelling van akten en geschriften als species en genus en de beteekenis van akte als een geschrift met het doel om tot bewijs te strekken opgemaakt, blijkt o. a. uit de algemeene bepaling van art. 1914, alwaar akten onder geschriften worden begrepen en art. 1905 waar van authentieke akten de rede is, voorts uit art. 1911 akten en andere schriften. Dat de wetgever overigens beide uitdrukkingen ook promiscue gebruikt blijkt uit artt. 1912, 1913 in verband met 1915 § 2 en 3, 1916, 1917.

De geschriften, die alzoo tot bewijs worden opgemaakt of tot bewijs kunnen dienen, worden met den algemeenen naam van bescheiden op meer dan ééne plaats in de wet aangeduid.

Geschrift is het meest volkomen teeken, waardoor de herinnering aan gebeurde feiten wordt bewaard omdat het die feiten het duidelijkst in het licht stelt door de uiteenzetting of beschrijving die het daarvan geeft. Dit neemt niet weg dat ook min volkomen teekenen, indien hunne beteekenis vast staat, bewijsgrond kunnen opleveren. Vooral zal dit voor enkele weinig saamgestelde feiten het geval kunnen zijn. Het beginsel waarop hunne bewijskracht steunt, staat met dat waarop de kracht der schriftelijke bewijzen rust, gelijk. Het kan daarom door den wetgever daarmede op ééne lijn gesteld en in verband daarmede behandeld worden. Dit ver-

klaart de opneming van eene bepaling over het bewijs door kerfstokken in den titel van schriftelijk bewijs, art. 1924.

Met opzicht tot hunne bewijskracht kunnen de geschriften alzoo onderscheiden worden in: 1° akten, 2° geschriften in de beperktere beteekenis, met uitsluiting van akten. Onderscheiding.

Bij de akten is voor de bewijskracht van belang de onderscheiding in:

a. authentieke of openbare a. 1905—1910 en onderhandsche, a. 1911—1917.

b. oorspronkelijke akten en afschriften, a. 1925—1927.

Bij de geschriften heeft men op huiselijke registers en papieren in het algemeen, a. 1918—1920; en op koopmansboeken in het bijzonder te letten, a. 1919. j° a. 10 W. v. K.

Met geschriften kunnen op ééne lijn worden gesteld kerfstokken, om de bewijskracht daaraan toegekend, den bewijsgrond die er aan ontleend wordt. a. 1924.

Over de aldus geklasseerde geschriften hebben we in de eerste plaats, naar aanleiding van de daarbij aangehaalde artt. van tit. 2 te handelen.

Hier zij nog alleen opgemerkt dat de wetgever in den regel de bijzondere personen de vrijheid laat, of zij van hunne handelingen in geschrift willen doen blijken en of zij die in authentieke of onderhandsche akten willen constateeren. In sommige gevallen schrijft de wetgever echter het opmaken van eene akte voor in dien zin dat daardoor het bewijs door getuigen wordt uitgesloten (probationis causa) en andere bewijsmiddelen blijven toegelaten, in andere gevallen maakt de wetgever van het geschrift een vereischte tot het wezen der handeling (sollennitatis causa). Dan bestaat de handeling niet zonder het geschrift en kan geene bekentenis het gebrek van het geschrift aanvullen. Daaruit volgt dan dat de handeling niet anders dan door het geschrift kan worden bewezen.

Andere in dezen titel voorkomende bepalingen staan in meer onmiddellijk verband met de bewijsvoering. Behalve art. 1909 wijst daarop art. 1914 en in onmiddellijk verband met de bewijsvoering staan en daarmede te behandelen zijn de artt. 1921—1923.

Eindelijk zijn er die uitsluitend tot de verbindende kracht van de in schrift gestelde verklaringen betrekking hebben. art. 1928—1931.

Deze behandel ik niet. Heel vreemd is het niet dat wij deze bepalingen hier aantreffen. De Code gaf het voorbeeld en de behandeling van het bewijs, in verband met dat der verbintenissen en der betaling, op 't voorbeeld van POTHIER, heeft de fransche wetgever ook in andere bepalingen de bewijskracht van de akten en het rechtsgevolg van de daardoor bewezen feiten of handelingen niet nauwkeuriger uit elkander doen houden. Onze wetgever bleef in de verbetering van de door den franschen wetgever begane fout te halverwege staan, of kwam niet eens halfweg.

§ 106. AUTHENTIEKE AKTEN.

Begrip. Eene authentieke akte is de zoodanige, welke in den wettelijken vorm is opgemaakt door een daartoe bevoegden ambtenaar ter plaatse waar hij daartoe bevoegd is. Art. 1905.

Is het woord authentiek zoowel ter aanduiding van de geloofwaardigheid van een geschrift als van een persoon (cf. DUCANGE in v⁰ authenticus) te gebruiken, dan is het zeker eene bij uitnemendheid passende benaming voor een geschrift dat van een met openbaar gezag bekleed persoon afkomstig is en in die hoedanigheid door hem opgemaakt. Liever houd ik mij dan ook aan dit vreemde woord en spreek ik, met de wet in a. 1905 v. v., van eene authentieke akte dan dat ik de elders, ook in de wet, bv. art. 320, 985 B. W., voorkomende uitdrukking van openbare akte gebruike. Maakt het geen bezwaar om van een openbaar ambtenaar te spreken, voorzoover die bijvoeging noodig geacht wordt, ieder denkt daarbij dadelijk en aan niets anders dan aan het openbaar gezag dat hem aanstelde of het openbaar gezag waarmede hij is bekleed. Bij »openbare akte" moet men de gedachte van het stuk overbrengen op den ambtenaar die het opmaakte en is, zonder dat, de gedachte aan openbaar, in den zin van voor ieder toegankelijk of te kennen, niet te vermijden. En in die beteekenis is een belangrijke categorie van openbare akten met name die van de notarissen, juist het tegendeel van openbare. Wil men volstrekt eene nederlandsche uitdrukking voor authentieke bij akte, dan zou ik aan ambtenaarsakte boven openbare akte de voorkeur geven. Dan was er meteen meer overeenstemming tusschen de benamingen van de bijzondere soorten

dezer akten met de algemeene, daar men van deurwaardersakte spreekt en dan ook liever van notarisakte dan van notarieele akte zou moeten spreken.

Hoe aantrekkelijk en aanbevelenswaard de handhaving van het zoo bij uitstek nederlandsch woord verlijden moge zijn, zie art. 1905, het kan toch alleen gebruikt worden van de handeling der partijen die eene akte voor den ambtenaar, of te zijnen overstaan, verlijden. Wanneer men, gelijk de wet, daarnaast stelt het verlijden door een ambtenaar dan wordt het woord verlijden buiten zijn eigenlijke beteekenis gebezigd. Men zou dus moeten spreken van: verlijden ten overstaan van en als er geen verlijdende personen zijn, van opmaken van de akte door een ambtenaar. Terwijl hij echter in beide gevallen de akte opmaakt, gebiedt de vermijding van omslag de ééne allesomvattende uitdrukking van opmaken door te bezigen. Het geldt hier bovendien niet alleen eene kwestie van vorm. Dewijl het karakter der authentieke akte niet daarvan afhankelijk is, dat er verklaringen van verschijnende partijen in opgenomen worden, men denke aan de deurwaardersakten, is 't verkieslijk de gedachte aan partijen niet onmiddellijk aan het begrip van de authentieke akte te verbinden.

De ambtenaren, die in verband met het hier behandelde onderwerp, het bewijs door geschrift in burgerlijke zaken, boven anderen in aanmerking komen, zijn de notarissen, de griffiers, de deurwaarders, de ambtenaren van den burgerlijken stand. Den grootsten omvang heeft op dit gebied de werkkring der notarissen, vermits art. 1 van de wet op het Notarisambt bepaalt »dat de notarissen zijn openbare ambtenaren uitsluitend bevoegd om authentieke akten te verlijden wegens alle handelingen, overeenkomsten en beschikkingen, waarvan de wet gebiedt of de belanghebbenden verlangen dat bij authentiek geschrift blijken zal; alles voorzoover het verlijden der akten door de wet niet ook aan andere ambtenaren opgedragen of aan dezelve geheel voorbehouden is". Die bepaling wijst meteen in 't algemeen den omvang van de bevoegdheid der notarissen aan en daarmede de nadere bepaling van een der in art. 1905 gestelde vereischten voor de authenticiteit hunner akten. De bevoegdheid der deurwaarders wordt in het algemeen omschreven in art. 1 van het Regl. n. 4. (zie Dl. I. bl. 205), waaruit tevens te zien is, van hoeveel belang hunne werkzaamheid voor de burgerlijke rechts-

betrekkingen is. De bevoegdheid der griffiers tot het opmaken van akten is ons reeds meermalen bij de behandeling van het proces gebleken. Zie voorts art. 265 B. W. De bevoegdheid van de ambtenaren van den burgerlijken stand, die authentieke akten opmaken van voor de rechts- en handelingsbevoegdheid zoo belangrijke feiten, is vooral uit tit. III van B. I. B. W. op te maken.

Verder vinden wij in het B. W. aan den kantonrechter het opmaken van akten opgedragen, zooals in artt. 100, 101, 127, 128, 396, 414, 446, 983, 989, in het Wetb. v. Kooph. artt. 380, 383; in art. 93 wet o. h. faill.; en in de artt. 658, 674 B. R. In art. 1265 B. W. wordt aan de bewaarders van de hypotheken de verplichting tot het afgeven van getuigschriften opgelegd, die zeker als authentieke akten moeten worden beschouwd, maar van welke de bewijskracht bijzonder is geregeld, dewijl de verklaring dier ambtenaren niet eenvoudig betreft een voor hen voorgevallen feit maar een door hen ingesteld onderzoek, waarbij zij aan vergissingen bloot staan. Art. 1266 n°. 2 en 1267 B. W. Authentieke akten zijn ook de akten door consuls opgemaakt, welke de bevoegdheid daartoe ontleenen aan bepalingen als van artt. 380 en 383 K. en voorts aan de wet van 25 Juli 1871 n°. 91 houdende regeling van de bevoegdheid der consulaire ambtenaren tot het opmaken van burgerlijke akten enz. waarvan de tegenwoordige tekst is opgenomen in Staatsblad 1887 n°. 138. Verg., wat aangaat hunne bevoegdheid tot het opmaken van akten van den burgerlijken stand, de Instructie betreffende den consulairen burgerlijken stand bewerkt door Mr. D. Baron VAN HOGENDORP, 's Gravenhage, 1890.

Eindelijk verdienen nog vermelding de volgens art. 396 K. »door de bevoegde macht gestelde ambtenaren te wiens overstaan de monstering van scheepsofficieren en scheepsgezellen geschiedt" en die dientengevolge de monsterrol opmaken. De door de bevoegde macht gestelde ambtenaar is de Waterschout, als zoodanig door den Koning aangesteld in de gemeente waarin de monstering plaats vindt, bij gebreke van waterschout, de commissaris van policie en bij gebreke of verhindering van dezen, de burgemeester of die hem als zoodanig vervangt. K. B. 1867 n°. 104.

Toch is het bekleeden van de betrekking, die in 't algemeen de bevoegdheid tot het opmaken van authentieke akten of van

authentieke akten betreffende bepaalde onderwerpen verleent, niet voldoende om de in die betrekking door den ambtenaar opgemaakte akten het karakter van authentieke akten te geven.

Hij moet ook in 't bijzonder bevoegd zijn tot het opmaken van de in een bepaald geval door hem opgemaakte akten of, om beter te zeggen, niet zijn uitgesloten in bepaalde gevallen om van de hem in 't algemeen toekomende bevoegdheid gebruik te maken, en bevoegd zijn ter plaatse waar hij de akte opmaakte. Zoo mag bijv. een notaris geen akte opmaken waarin hij zelf, zijne vrouw, zijne bloed- of aanverwanten in de rechte lijn en in de zijlijn tot den derden graad hetzij in persoon, hetzij door gemachtigden, hetzij in hoedanigheid als partij voorkomen, onder de nadere bepaling van art. 21 W. Notsambt. Eene dergelijke bepaling bevat art. 16 B. R. met opzicht tot de deurwaardersexploiten in verband met art. 92 en 95.

Ook houdt de ambtenaar, buiten den kring hem voor zijne ambtsverrichtingen aangewezen, op ambtenaar te zijn en missen zijne buiten dien kring opgemaakte akten het karakter van authenticiteit. Hij moet ter plaatse bevoegd zijn, zegt art. 1905. Zoo zijn èn voor de notarissen èn voor de deurwaarders bepaalde kringen ter uitoefening hunner ambtsverrichtingen aangewezen. Artt. 3, 4 en 7 Notsambt, art. 8 Regl. IV.

Maakte een ambtenaar eene akte op, waartoe hij, hetzij volstrekt hetzij betrekkelijk onbevoegd is, eene akte, tot welker opmaking hij hetzij onbevoegd hetzij onbekwaam is, zooals de wetgever in art. 1906, op 't voorbeeld van C. C. art. 1318 (incompétence en incapacité), de tweeërlei onbevoegdheid onderscheidt, die akte zou het authentiek karakter missen en, als buiten tusschenkomst van een openbaar ambtenaar opgemaakt, ten hoogste eene onderhandsche akte kunnen zijn. Zie ook art. 21 § 3 Notsambt.

Dit is ook het geval wanneer de akte niet is opgemaakt in den wettelijken vorm. Ook daarvan stelt art. 1905 hare authenticiteit afhankelijk. Het karakter van den openbaren ambtenaar is niet voldoende om aan de akte die volkomen geloofwaardigheid te verzekeren, welke wij zien zullen dat de wetgever daaraan toekent; deze wordt bovendien afhankelijk gesteld van zekere door de wet vereischte vormen, welke door den ambtenaar bij het opmaken der akte zijn in acht te nemen. Die vormen zijn evenwel niet uitsluitend als waarborg voor de deugdelijkheid der

akte als zoodanig voorgeschreven, zij zijn ook wel noodzakelijk in verband met den bijzonderen inhoud en het doel van de akte. Zoo zal de onderteekening van de akte door de partijen, of de vermelding der reden waarom hunne onderteekening ontbreekt, volgens art. 30 Wet Notarisambt, de afkomst van de akte en de daarin vervatte verklaringen van de door den notaris in de akte vermelde partijen waarborgen. Art. 26 j° 25. Zoo moet zeker de vereischte tegenwoordigheid van twee getuigen bij de notarisakten, artt. 23—24 Notarisambt, in het oog van den wetgever, de deugdelijkheid van de akte helpen bevorderen. Zoo is het ook voor de deugdelijkheid van de akte van belang, dat zij de voornamen, den naam en de standplaats van den notaris uitdrukt, opdat de bevoegdheid van dien ambtenaar gereedelijk uit de akte blijke; voorts dat zij de plaats en tijd behoorlijk aanwijzen waar en wanneer zij werd opgemaakt; de plaats, omdat ook daarmede des ambtenaars bevoegdheid in verband staat, den tijd, omdat de vermelding daarvan ook voor de rechtsgevolgen van de in de akte vermelde handeling van zooveel belang kan zijn, art. 26. Let men op de vereischten van een uitersten wil, bij openbare akte verleden, in art. 986 B. W., dan is het duidelijk dat deze met den bijzonderen inhoud van die akte in verband staan, terwijl de vormen voor een deurwaardersexploit vereischt, ook daarmede verband houden dat dit exploit beantwoorde aan zijn doel, om nl. het daarin gerelateerde ter kennis te doen komen van den persoon tot wien het gericht is. Zoo kan het verschil in de strekking van de vormen ten gevolge hebben een verschil in het gevolg hunner niet inachtneming en òf nietigheid der akte, òf ontzegging van authenticiteit òf zelfs alleen verbeurte van boete door den ambtenaar het gevolg wezen, welke laatste bepaaldelijk dan het geval kan zijn als de voorgeschreven vorm niet uitsluitend den waarborg voor het aanwezig zijn van een vereischte tot het wezen der akte behoorende oplevert. Zie art. 92 B. R., artt. 1000 en 1906 B. W., art. 24 § 2, 26 § 3 Notsambt.

Bewijskracht. Eene authentieke akte levert volledig bewijs op van hetgeen de ambtenaar daarin verklaart als voor hem voorgevallen of door hem verricht. De waarheid daarvan moet worden aangenomen tot zoolang de akte van valschheid beticht wordt en vervalt zoodra die valschheid is bewezen. Arg. art. 1907 en 1909 B. W.

Indien eene akte authentiek wordt geheeten, omdat zij is opgemaakt door een persoon die, om de hoedanigheid waarin hij werkzaam is, de betrekking die hij bekleedt, tot »auctoritate plenus, vel fide dignus" is gestempeld, en omdat hetgeen hij onder wettelijke waarborgen in die akte vermeldt als door hem waargenomen of door hem verricht betrouwbaar is en moet worden aangenomen als waarachtig geschied te zijn, dan volgt daaruit met noodzakelijkheid dat de waarheid van het aldus in schrift gestelde voor elk en een iegelijk waar is. De wetgever had daarom, zonder nadere bepaling, moeten zeggen, dat eene authentieke akte volledig bewijs oplevert van hetgeen daarin vermeld staat. Maar beperkt de wetgever zelf niet die bewijskracht tot de partijen en hunne erfgenamen of rechtverkrijgenden? Moet daarvoor niet zwichten het argument aan het karakter der akte ontleend? Staat het niet aan den wetgever om de bewijskracht in haren omvang te beperken, al kon de aard van het geschrift, waaraan hij bewijskracht toekent, tot een veel ruimer omvang grond geven? Zeker. Doch, al moeten de beide laatste vragen bevestigend beantwoord worden, mag dan nog de beteekenis van art. 1907 door eene altijd zoo gevaarlijke argumentatio a contrario bepaald worden, al schijnt zij hier nog zoozeer voor de hand te liggen? Is het hier dan geoorloofd het »incivile est nisi tota lege perspecta" etc. te veronachtzamen, of moet men ook hier niet vragen, wat de wetgever tot de beperking kan geleid hebben en daarnaar beoordeelen of de redeneering a contrario sensu gerechtvaardigd is? Eene eerste vraag die zich opdringt is: hoe zal het met de bewijskracht zijn van die authentieke akten, waarbij van geene partijen sprake is, of waar belanghebbenden geene partijen zijn? Zal een exploit van dagvaarding, waarin men hoogstens dengene te wiens verzoeke het gedaan wordt partij kan noemen, alleen voor dezen bewijs opleveren? En wat beteekent het dan, als de wetgever in art. 1 B. R. bepaalt, dat het afschrift van zoodanig exploit bij dengene die het ontvangen heeft (lees: aan of voor wien het is uitgereikt, verg. Dl. II. bl. 31), als oorspronkelijke dagvaarding zal gelden? Wat gaat het dezen aan of dit stuk een afschrift is of een oorspronkelijk stuk, als het voor hem toch niet het bewijs oplevert dat waar is wat de deurwaarder verklaart daarin verricht te hebben? Of blijkt er niet ten duidelijkste uit, dat dit juist wel het geval is en dat het exploit bewijs oplevert

van wat daarin vermeld is, niet voor A of B, maar eenvoudig omdat de daartoe bevoegde deurwaarder het in behoorlijken vorm vermeldt, en dus voor elk en een iegelijk? Zal eene door den bevoegden ambtenaar van den burgerlijken stand in behoorlijken vorm opgemaakte akte van overlijden geen bewijs opleveren, of soms alleen voor de twee getuigen-aangevers, als men volstrekt partijen bij de akte wil hebben? Het eene te beweren ware al even onzinnig als het andere. Is niet juist het karakter en de strekking der akten v. d. b. st. om voor elk en een iegelijk feiten, waarbij allen belang hebben, te constateeren? Zal ook een testament geen bewijs opleveren van de daarin opgenomen als door den erflater opgegeven beschikkingen tegenover de erfgenamen en legatarissen, die toch geen partijen bij de akte waren? Verg. de aanmerking van VAN ASCH VAN WIJK bij NOORDZIEK, B. W. 1824—25. I. bl. 142. En wanneer art. 1912 bepaalt, dat de onderhandsche akte, ten aanzien van de onderteekenaars en derzelver erfgenamen en rechtverkrijgenden, hetzelfde volledig bewijs oplevert als eene authentieke akte, terwijl, volgens art. 1917, onderhandsche akten ten aanzien van hare dagteekening uit zich zelven, geen kracht hebben tegen derden, maar dat zij die bewijskracht van elders hebben te ontleenen, hoe komen dan de authentieke akten aan de bewijskracht betreffende hare dagteekening? Of is het niet duidelijk dat, terwijl de onderhandsche akte die zekerheid van dagteekening ten opzichte van allen in de voornaamste plaats aan de verklaring van een openbaar ambtenaar, aan eene authentieke verklaring (door registratie of vermelding) te danken heeft, de authentieke akte die bewijskracht in zich zelve moet hebben? dat zij dus bij deze tegenover allen vaststaat, omdat de bevoegde openbare ambtenaar in eene akte in behoorlijken vorm opgemaakt verklaart, dat hij die akte op dien aangewezen dag heeft opgemaakt? Zoo erkent dan de wetgever zelf, dat de grond voor de bewijskracht der authentieke akte daarin gelegen is, dat de openbare ambtenaar binnen den kring zijner bevoegdheid en in den wettelijken vorm verklaart een feit te hebben waargenomen of verricht. Maar dan moet hij, ook daarom het volledig bewijs aan de authentieke akte toekennende, de waarheid van het daarin vermelde voor een ieder willen aangenomen zien.

Elke twijfel te dezen aanzien valt weg, indien wat in art. 1907 eene beperking schijnt, ook inderdaad blijkt dit niet te zijn, door-

dien die bijvoeging op andere wijze kan worden verklaard. Al dadelijk vergete men niet dat art. 1907 de vertaling is van art. 1319 § 1. C. C., dat de Code het bewijs behandelt met opzicht tot de verbintenissen, dat het bij verbintenissen de daarin betrokken personen zijn die hunne verbintenissen bij akte verlijden, dat zij met het doel om zich bewijs te verschaffen akten doen opmaken, dat art. 1319 met het oog daarop zelfs zegt, dat de authentieke akte »fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties" en onze wetgever genoeg meende gedaan te hebben met »convention qu'il renferme" over te brengen in: »hetgeen daarin vermeld staat" om aan het artikel de algemeene strekking te verzekeren, welke hij, den franschen wetgever corrigeerende, aan de bepalingen omtrent het bewijs wilde geven. De oppervlakkigheid van de correctie springt in het oog. Want het denkbeeld van overeenkomst, dat men wilde verbannen, wordt door de vermelding van partijen onmiddellijk weder opgenomen. Vindt alzoo de bijvoeging in den Code eene gereede verklaring daarin, dat er geregeld wordt het bewijs eener overeenkomst en de bewijskracht van eene akte daarvan opgemaakt, die de partijen met het doel om zich bewijs te verschaffen hebben doen opmaken, wordt de bijvoeging met betrekking tot de partijen in ons art. 1907 eveneens verklaard door de, op dit punt min oordeelkundige navolging, terwijl elk denkbeeld om de bewijskracht tot partijen te beperken door de hoofdgedachte, waarvan de wetgever bij zijne verbetering uitging, wordt uitgesloten, dan is daarmede de juistheid van de in den tekst uitgedrukte opvatting van art. 1907 bewezen. Opmerking verdient dat de tribuin JAUBERT uitdrukkelijk op de hier in acht te nemen onderscheiding wijst en zelfs in zijne toelichting van de artt. van den Code met zoovele woorden zegt: »Mais il ne s'agit point ici de l'effet des conventions; il ne s'agit que des preuves et des preuves qui peuvent résulter d'un titre authentique. La question est de savoir comment la règle.... l'acte authentique fait pleine foi.... doit s'entendre à l'égard des tiers, doch dan wijst hij daarbij ook weder op te maken onderscheidingen, waarbij de bewijskracht der akte waarom het alleen te doen was, uit het oog wordt verloren. LOCRÉ t. XII. p. 509.

Er is intusschen nog meer dat voor de juistheid van bovenstaande opvatting pleit. Men vergelijke daartoe de bepalingen van art. 1319

en 1320 C. C. met POTHIER's traité des obligations, waaraan zij kennelijk zijn ontleend, n°. 734 vv. Daaruit blijkt duidelijk dat POTHIER erkent dat eene authentieke akte uit zich zelf volkomen bewijs oplevert van hetgeen daarin vermeld staat. Toch maakt hij onderscheid tusschen hare bewijskracht ten aanzien van de partijen en ten aanzien van derden, en ten aanzien van partijen zegt hij zelfs dat de akten tegen hen principalement bewijs opleveren. Dit laat zich alleen daaruit verklaren, dat POTHIER tot de bewijskracht der akte niet alleen brengt de waarheid van de daarin vervatte verklaringen des ambtenaars, het feit dat de verklaringen zijn afgelegd, maar ook de rechtsgevolgen van deze verklaringen. Sprekende van hetgeen de akten bewijzen tegenover de partijen zegt hij: »Il font pleine foi contre ces personnes de tout le dispositif de l'acte, c'est à dire, de ce que les parties ont eu en vue et qui a fait l'objet de l'acte". Volgt nu uit deze verklaringen dat er eene overeenkomst tusschen partijen is gesloten dan wordt door de akte het bestaan van verbintenissen bewezen en dewijl partijen bij hunne overeenkomsten voor zich zelve, hunne erfgenamen en rechtverkrijgenden verbintenissen scheppen, schijnt het bewijs een bijzonder gevolg voor partijen te hebben dat het voor derden niet heeft. Dit gevolg is echter inderdaad niet het voorwerp van het bewijs, dat alleen het afleggen der verklaringen betreft, datgene wat in de akte vermeld staat, maar het is het rechtsgevolg van de nu bewezen verklaringen door de partijen afgelegd. Deze verwarring van begrippen treffen wij bij POTHIER aan, die daarbij zich wel op DUMOULIN († 1566) beroept, maar de zeere juiste door dezen gemaakte onderscheiding tusschen probare en praejudicare heeft uit het oog verloren. De bewijskracht, het probare geldt een ieder; »vere et proprie loquendo", zegt DUMOULIN, »publicum instrumentum erga omnes est aeque publicum"; de gevolgen van het bewezene, het praejudicare gelden inzonderheid de partijen. Dit is uitstekend aangetoond door MARCADÉ op art. 1319 sub II, T. IV, p. 24 en 25. Had nu de fransche wetgever, niettegenstaande hij in 't bijzonder het bewijs van verbintenissen regelde, niet van la convention moeten spreken, maar de ce qui est contenu dans cet acte, onze wetgever was met zijne verbetering op den goeden weg, maar had moeten begrijpen dat in zijn artikel nog veel minder dan in het fransche de vermelding van de partijen enz. op hare plaats was

In ieder geval leidt ook dit nader onderzoek en de vergelijking van onze bepaling met de verder gelegen bron tot het resultaat, dat de akte de waarheid van het daarin vermelde bewijst en dat deze tegenover elk en een iegelijk vaststaat. Dit nader onderzoek kan ons intusschen tevens op den weg brengen om juist te waardeeren de onderscheiding, welke de wetgever in art. 1908 maakt tusschen het bewijs, dat de akte zou opleveren van een bloot te kennen geven dat wèl en een dat niet met het onderwerp der akte in een onmiddellijk verband staat. Want ook dit is alleen te verklaren, wanneer men er op let dat, waar van partijen gesproken wordt, er van den inhoud der verklaring en haar rechtsgevolg de rede is, niet uitsluitend van het bewijs der verklaring zelve; en deze is het onmiddellijk en eigenlijk voorwerp van bewijs.

Houden wij vast aan de stelling, welke wij gezien hebben dat in de wet haren grond vindt, dat nl. de authentieke akte volledig bewijs oplevert van hetgeen daarin door den ambtenaar, als voor hem verklaard of door hem verricht, vermeld wordt, dan heeft het onderscheid tusschen een bloot te kennen geven en wat geen bloot te kennen geven is, tusschen het geval dat dit wel of dat het niet met het onderwerp van de akte in verband staat, geen zin. Het eene is even goed door partijen verklaard als het andere en de waarheid daarvan, dat het nl. verklaard werd, staat in het eene geval evenals in het andere vast. Verliest men evenwel niet uit het oog dat de wetgever bij het bewijs niet alleen denkt aan het bewijs van de afgelegde verklaring maar tevens bewezen acht het gevolg dat die verklaring voor hem die haar aflegde of wien zij betreft kan hebben, m. a. w. dat onder de bewijskracht van de akte ten aanzien van de verklaring zelve ook wordt verstaan: het rechtsgevolg van de bewezen verklaring voor partijen, dan ligt het voor de hand dat, waar de verklaring werd afgelegd om eene verbintenis te doen ontstaan of haar bestaan of opheffing te constateeren, van volledig bewijs van die verklaring voor de partijen wordt gesproken, omdat door de afgelegde verklaring middelijk de verbintenis, dewijl zij haar rechtsgevolg is, bewezen is; terwijl, wanneer de verklaring niet kan geacht worden eene verbintenis in te houden noch ook de uiting te zijn van den wil om de voldoening aan eene verbintenis of ontheffing van een schuld of last te constateeren, deze laatste uit

die verklaring op zich zelve ook niet kan worden afgeleid, dus allerminst daardoor bewezen kan worden. Toch kan dan desniettemin het feit waartoe de verklaring betrekking heeft waarschijnlijk worden gemaakt, en alzoo ook het rechtsgevolg als waarschijnlijk beoogd, geacht worden eenigen grond van bestaan te hebben. Heeft iemand bij authentieke akte verklaard een som geld ter leen te hebben ontvangen, dan maakt die authentieke akte uit, dat die verklaring is afgelegd en dewijl die verklaring geen andere beteekenis kan hebben dan de uit die verklaring voortspruitende verbintenis tot teruggave te constateeren, zoo wordt middellijk de verbintenis zelve gezegd daardoor bewezen te zijn; wanneer iemand erkent en door een notaris in de akte doet opnemen de verklaring, dat zijn huis bezwaard is met een grondrente ten behoeve van een ander bij de akte tegenwoordig en daarbij voegt dat de jaarlijksche termijnen tot op den dag zijn aangezuiverd en dat hij zich alzoo verbindt de rente verder op te brengen, dan is die bijvoeging dat zij zijn aangezuiverd een bloot te kennen geven. Nu staat niet alleen vast dat die verklaring is afgelegd, maar omdat dat te kennen geven in onmiddellijk verband staat met het onderwerp der akte en de rechthebbende daar niets tegen zegt, maakt men met recht de gevolgtrekking, dat deze ook het rechtsgevolg van die verklaring heeft gewild en zegt men dat die beweerde betaling door de akte bewezen is, terwijl deze inderdaad alleen bewijst dat de verklaring is afgelegd. Zoo geldt van het bloot te kennen geven hetzelfde als van het hoofdonderwerp der akte. De verklaring is bewezen en middellijk daardoor ook het rechtsgevolg dat de verklaring beoogt. Heeft de verkooper bij den verkoop van een huis verklaard, dat hij dat van A. heeft geërfd, dan staat de waarheid van het feit dat die verklaring is afgelegd voor ieder vast, maar een derde die niet bij de akte tegenwoordig was kan nu niet beweren, dat het verklaarde feit zelf waar is en op grond daarvan beweren dat hem, als erfgenaam van A., daarin een deel toekomt. Als dan de verkooper in vrijwaring opgeroepen beweert dat hij 't niet gezegd heeft, dan werpt men hem met goed gevolg de authentieke akte tegen, maar wanneer hij beweert dat daaruit voor den eischenden erfgenaam het door dezen beweerd rechtsgevolg niet kan worden afgeleid, dan heeft hij gelijk, want de verklaring werd niet afgelegd om de waarheid van het verklaarde feit vast te stellen en het rechtsgevolg daarvan te verzekeren. Het vermelde

feit kan evenwel waarschijnlijk zijn, want wat kan den verkooper bewogen hebben het te zeggen, als er in 't geheel geen grond voor was? De akte kan daarom een begin van schriftelijk bewijs opleveren van het feit dat de verkooper van A. heeft geerfd, omdat zij eene verklaring daaromtrent bevat van welke het vaststaat en door de akte bewezen wordt dat zij is afgelegd, maar slechts een begin van bewijs omdat die verklaring de waarheid van het daarin medegedeelde feit, dat immers de ambtenaar noch waargenomen noch verricht heeft, en welks rechtsgevolg hij die de verklaring aflegde niet beoogde, volstrekt niet medebrengt. Verg. POTHIER n°. 735—737 [1]) en DUMOULIN, ook aangehaald in de uitgave van POTHIER door BUGNET op deze n^{os}.

Intusschen blijft het altijd eene onnauwkeurigheid in de wijze waarop de wetgever dit onderwerp regelt, dat geen behoorlijk onderscheid wordt gemaakt tusschen het bewijs van het door den ambtenaar in de akte vermelde feit en het aan dat feit verbonden rechtsgevolg: tusschen bewijskracht van de akte en de rechtskracht van de daarin vervatte verklaring, wat men »confondre le pacte avec la preuve" zou kunnen noemen. (Verg. de waarschuwing daartegen van NICOLAI bij NOORDZIEK B. W. 1824/25, I. bl. 119, ofschoon hij zelf zich er daar ter plaatse meer dan eens aan schuldig maakt). Er is zelfs eene tegenstrijdigheid in de voorstelling door onzen wetgever van de zaak gegeven. Want, hoe kan de akte tegelijkertijd volledig bewijs opleveren van hetgeen daarin vermeld staat en, met opzicht tot hetgeen daarin als een bloot te kennen geven voorkomt, wat er toch ook in vermeld is, alleen begin van schriftelijk bewijs, en alzoo met het oog daarop een akte zijn die het feit waarop men zich beroept slechts waarschijnlijk maakt volgens art. 1939? Merkt men daartegen op dat art. 1908 § 2 niet spreekt van het bewijs dat de akte omtrent het bloot te kennen geven oplevert, maar van het bewijs dat uit dit bloot te kennen geven zelf kan worden afgeleid, het bewijs waartoe het kan dienen, dan klopt dit weer niet met art. 1908 § 1, waar uitdrukkelijk gezegd wordt dat de akte van dat bloot te kennen geven geen volledig bewijs oplevert noch met art. 1939, dat het begin van schriftelijk bewijs niet aan de verklaring maar aan de akte ver-

1) De juistheid van het door POTHIER, n°. 737, gegeven voorbeeld blijve voor zijne rekening.

bindt. De verwarring van begrippen welke hier heerscht is groot, maar altijd blijft toch dit vaststaan, dat de authentieke akte volledig bewijs oplevert van hetgeen door den ambtenaar als voor hem voorgevallen of door hem verricht wordt vermeld en dat de waarheid daarvan voor een ieder vaststaat. Staan nu eens de aldus vermelde feiten vast, dan wordt de tweede vraag, welke met het oog op de kracht van de akte te beantwoorden valt, deze: welke is de rechtelijke beteekenis, de rechtskracht, van die feiten, welk rechtsgevolg is daaraan verbonden? Wanneer die feiten bestaan in eene overeenstemmende wilsverklaring, waarbij een of meer personen zich jegens een of meer anderen of waarbij zij zich over en weer jegens elkander verbinden tot eenige op geld waardeerbare praestatie, dan ontstaan uit die feiten, welke eene obligatoire overeenkomst uitmaken, verbintenissen, en dan kan men zeggen dat het sluiten van die overeenkomst en het ontstaan van die verbintenissen door de akte bewezen is. En dewijl men zich bij overeenkomst verbindt voor erfgenamen en rechtverkrijgenden en derden geen verbintenis kan opleggen noch in den regel iets voor hen kan bedingen, zoo volgt ook, dat het bewijs hetwelk de akte oplevert in de eerste plaats van belang is voor partijen en hunne erfgenamen en rechtverkrijgenden. Maar, noch de eene noch de andere gevolgtrekking behoefde de wetgever, hier voor den tot toepassing van de wet geroepen rechter te maken. Want wat tot eene overeenkomst vereischt wordt en welke hare gevolgen zijn, heeft hij elders bepaald. Hier had hij slechts het bewijs van feiten te regelen, onverschillig welke rechtshandeling door die feiten zou worden tot stand gebracht, of welk rechtsgevolg aan die feiten verbonden zou mogen zijn. Van een leeraar als POTHIER was de taak een andere. Waar hij van het bewijs der verbintenissen spreekt, lag het voor de hand dat hij aanwees, hoe door eene akte eene convention en de daaruit ontstane verbintenissen worden bewezen. Hij kon er dan te eer toe komen om, terwijl die verbintenissen uit bij eene akte gedane verklaringen voortspruiten, op het onderscheid der verklaringen de aandacht te vestigen en aan te toonen dat niet alle verklaringen op een verbintenis of ontheffing gericht zijn, niet alle een recht doen ontstaan of te niet gaan, en zoo doende de akte niet altijd het ontstaan of te niet gaan van eene verbintenis of van een recht bewijst. Maar ook van deze onderscheiding had de wetgever,

waar hij de bewijskracht der akten regelt, niet moeten spreken. Immers het geldt daarbij niet de waarheid van het feit, dat de verklaring is afgelegd, dus niet het bewijs dat de akte oplevert, maar de meerdere of mindere waarheid van het feit zelf hetwelk den inhoud van de voor den ambtenaar afgelegde en door dezen geconstateerde verklaring uitmaakt. Hier had de wetgever niet te doen met de waarheid van hetgeen partijen verklaren en de verbindende kracht welke hunne verklaringen kunnen hebben, maar met de waarheid van hetgeen de ambtenaar verklaart. Het begin van schriftelijk bewijs is inderdaad niet, zooals de woorden van art. 1939 zouden kunnen doen aannemen, het bewijs dat door eene akte geleverd wordt, maar de waarschijnlijkheid van een onbewezen feit afgeleid uit eene in eene akte afgelegde en door deze geconstateerde verklaring. De rechter waardeert bij de toepassing van dat begin van bewijs de waarheid van eene door een bijzonder persoon in een akte afgelegde verklaring in verband met het rechtsgevolg dat daaraan is toe te kennen. De wetgever had daarover niet te spreken gehad, indien hij niet in sommige gevallen de toelaatbaarheid van getuigenbewijs van het bestaan van zulk een begin van bewijs bij geschrifte had afhankelijk gesteld.

Onze wetgever, die zich in de bepalingen van art. 1907 en 1908 — en blijkens de wijziging in het eerste gedeelte van 1907 coll. 1319 C. C. à son corps défendant — ten onrechte door den franschen wetgever van het gebied van de bewijskracht der akte op dat van de rechtsgevolgen der in de akte afgelegde verklaringen had laten brengen, volgt zijn leidsman op dienzelfden verkeerden weg in de bepaling van art. 1910=1321 C. C. die met de bewijskracht der akte nog veel minder te maken heeft dan de voorgaande. Er wordt dan ook niet meer van bewijskracht van de akte maar van het rechtsgevolg van nadere OVEREENKOMSTEN gesproken, al wordt er in afwijking van art. 1321 ook nog van akten melding gemaakt. Zeer duidelijk komt de hier aangewezen beteekenis van art. 1910 resp. 1321 C. C., en daarmede zijne volkomene misplaatstheid in dezen titel, uit in de toelichting van BIGOT-PRÉAMÉNEU bij LOCRÉ t. XII. p. 395 n°. 189.

Ofschoon het vrij wel op hetzelfde schijnt neer te komen of men zegt: de authentieke akte levert volkomen bewijs op van de overeenkomst die daarbij in schrift is gebracht, of wel van de door

partijen afgelegde verklaringen waaruit hunne overeenstemmende wilsverklaring blijkt, is het toch ter juiste beoordeeling van de bewijskracht der authentieke akte van het grootste belang in het oog te houden dat alleen het laatste nl. het afleggen van de verklaringen bewezen wordt en dat, eerst bij gevolgtrekking, het bewijs van de overeenkomst daaruit afgeleid wordt. Want altijd moet worden in het oog gehouden dat de bewijskracht aan de authentieke akte toegekend wordt, omdat de ambtenaar verklaart dat deze en gene verklaringen voor hem zijn afgelegd en, al heeft nu de ambtenaar aan die verklaring eene juridieke qualificatie gegeven, deze is alleen als juist aan te nemen in zoover zij met de afgelegde verklaringen overeenstemt. Van het juist onderscheiden in deze hangt af de beantwoording der vraag, of tegenbewijs tegen de authentieke akte is toegelaten. Die vraag moet absoluut ontkennend worden beantwoord, wanneer men zou willen beweren te worden toegelaten tot het bewijs dat de verklaringen door partijen niet alzoo waren afgelegd; dan toch wordt de waarheid der akte en de geloofwaardigheid van den ambtenaar aangetast en dat kan niet anders geschieden dan door de akte van valschheid te betichten. De waarheid van de akte, voorzoover die van den ambtenaar afhangt, staat vast zoolang niet de valschheid zijner verklaringen is aangetoond. Bedoelt men evenwel met de vraag, of niettegenstaande de waarheid van het afleggen der verklaringen, bewijs mag geleverd worden dat toch geen overeenkomst, althans geen bindende overeenkomst tot stand kwam, dat er dwang of bedrog is gepleegd of dat een der partijen minderjarig was? dan moet de vraag bevestigend beantwoord worden. Immers hier geldt het niet de vraag, wat partijen voor den ambtenaar verklaard hebben, maar welk het gevolg van die verklaring is, en dit is nog van andere omstandigheden afhankelijk dan van hetgeen de ambtenaar verklaart te hebben waargenomen. Al verklaart hij dat de verschijnende personen hem bekend zijn, daarmede wordt de meerderjarigheid van die personen niet uitgemaakt en daarvan hangt toch ook de verbindende kracht der overeenkomst af.

Daar echter de ongeldigheid der overeenkomst, buiten de in de akte geconstateerde wilsverklaringen, van buitengewone omstandigheden het gevolg is, zoo blijft niet alleen de waarheid van de akte door zulk beroep op ongeldigheid der overeenkomst onaangetast maar het rechtsgevolg aan de waarheid van de akte ver-

bonden wordt ook, niettegenstaande dat beweren, gehandhaafd. De uitvoering van de akte wordt eerst verhinderd wanneer men tegen die waarheid opkomt, m. a. w., de akte van valschheid beticht. »L'acte authentique fait foi par lui-même, par lui seul sans que celui au profit de qui il est passé ait rien à prouver.... Il est permis dans certains cas, de demander qu'une convention soit déclarée nulle par exemple, si elle a été l'ouvrage de la violence ou du dol. Mais pendant l'instance en restitution, la provision est due au titre authentique, à cause de la foi imprimée à l'acte par le caractère de l'officier qui l'a reçu.... Il en doit être autrement dans le cas du faux.... Dans le cas de demande en déclaration de faux, il ne s'agit pas seulement d'un vice qui a pu altérer la convention; il s'agit de plus d'une supposition qui, si elle est prouvée, ôte à l'acte jusqu' à son existence". JAUBERT bij LOCRÉ t. XII. p. 507 n°. 7. LAND bestrijdt, bl. 373, nt. 5 het door mij geleverd betoog, dat geen bewijs tegen de authentieke akté wordt toegelaten, met de vraag: »Maar als nu b. v. eene andere authentieke akte het tegendeel bewijst?" Ik zou deze vraag willen beantwoorden met de wedervraag: wat de geachte schrijver hier onder bewijs van het tegendeel verstaat. Immers, wanneer die andere authentieke akte aantoont dat niet voor den ambtenaar, die de eene akte opmaakt verklaard is, wat hij daarin opnam, dan moet een van beide akten eene valsche verklaring van den ambtenaar bevatten, m. a. w. het moet eene valsche akte zijn, maar dit kan dan ook niet anders dan langs den weg voor de betichting van valschheid voorgeschreven geconstateerd worden. Dat de verwijzing bij LAND, t. a. p., naar de op bl. 354 gemaakte opmerking mij niet van de juistheid dier opmerking in verband met het hier besproken punt kon overtuigen, zal ik wel niet behoeven te zeggen.

De fransche Code maakte in art. 1319 onderscheid tusschen het faux principal, d. i., de strafrechtelijke vervolging wegens valschheid, in welk geval de ten uitvoerlegging, beter: de uitvoerbaarheid, van de akte werd geschorst door de »mise en accusation", en het faux incident (de betichting van valschheid in den loop van een burgerlijk geding) voor welk geval de schorsing van de ten uitvoerlegging door den rechter bij voorraad kon bevolen worden. Zóó omzichtig meende men te moeten zijn met de schorsing van de kracht aan de authentieke akte toegekend. Bij ons wordt die onderscheiding niet meer gemaakt. Men laat de schorsing der ten uitvoer-

legging alleen toe overeenkomstig de bepalingen van het Wetb. v. B. R. Daaruit schijnt te volgen dat de schorsing alleen het gevolg kan zijn van een burgerlijk geding over de valschheid. Uitdrukkelijke bepalingen omtrent de schorsing worden evenwel noch daar noch elders in het W. v. B. R. aangetroffen. Houdt men echter in het oog dat, waar de akte van valschheid beticht wordt, het bestaan zelf van de akte in onzekerheid wordt gebracht, dan zal men wel aan den rechter de bevoegdheid moeten toekennen om, in ieder geval van betichting van valschheid, naar omstandigheid de schorsing te bevelen. Want de vatbaarheid voor ten uitvoerlegging aan de authentieke akten in art. 436 B. R. toegekend is een onmiddellijk uitvloeisel van de bewijskracht; en wel van die bewijskracht in zoover als uit de door de akte bewezen verklaring het bestaan eener verbintenis afgeleid wordt. De partijen worden geacht zich bij authentieke akte te hebben verbonden om daardoor ook hunne verbintenis boven twijfel te stellen, zoodat in den regel een rechterlijk onderzoek omtrent het bestaan dier verbintenis kan worden gemist. Het is alsof zij zich zelven reeds tot voldoening hadden veroordeeld en zij daarmede van een rechterlijke veroordeeling om hunne verbintenis te erkennen, hadden afgezien. Men kan die kracht der authentieke akten met de vrijwillige condemnatie van ons oud-hollandsch recht vergelijken. — Art. 24 B. W. schorst de bewijskracht van de akten van den burg. stand op het oogenblik dat de valschheid daarvan zal zijn beweerd.

§ 107. ONDERHANDSCHE AKTEN.

Onderhandsche geschriften.

De onderhandsche akten zijn een soort van de onderhandsche geschriften.

Onderhandsche geschriften zijn de zoodanige, waarin door bijzondere personen, zonder tusschenkomst van een ambtenaar, rechtsfeiten, inzonderheid wilsverklaringen zijn opgeteekend. a. 1911 B. W.

De C. C. gaf aan § II van de afdeeling, die over »la preuve littérale" handelde, het opschrift: »de l'acte sous seing privé", blijkbaar te beperkt, dewijl in diezelfde afdeeling ook over koopmansboeken en andere niet onderteekende stukken gehandeld werd, terwijl eene akte »sous seing privé" toch noodzakelijk een

onderteekend geschrift onderstelt. Onze wetgever had, nu hij de verdeeling in §§ wegliet, de bepalingen van den Code niet met een artikel als 1911 behoeven aan te vullen. Het was althans niet noodig de geschriften, welke hij met name ging behandelen, vooraf op te noemen. Al wijst nu die opnoeming in a. 1911, door de algemeene bijvoeging: en andere schriften, op nog meer dan de wetgever hier behandelt, we weten daardoor wel dat er nog andere onderhandsche geschriften kunnen wezen, maar omtrent hunne bewijskracht worden we toch niet ingelicht. Als begripsbepaling had art. 1911 zeker korter kunnen zijn. Dan had datgene waar het hier op aankomt duidelijker kunnen uitkomen en was dit niet bij de opsomming der soorten van geschriften op den achtergrond geschoven. Hier hebben onderhandsche geschriften bepaaldelijk belang, omdat zij feiten inhouden die rechtsgevolg kunnen hebben en daarom wees ik nog inzonderheid op wilsverklaringen, dewijl deze nagenoeg uitsluitend den inhoud van de meest in aanmerking komende soort van onderh. geschriften met name van de onderhandsche akten uitmaken. Dit hebben de onderhandsche geschriften met de authentieke akten gemeen, maar het kenmerkend onderscheid ligt daarin dat zij van bijzondere personen afkomstig, zonder medewerking van een ambtenaar opgemaakt worden. Gelijk onderhandsch in 't algemeen de beteekenis heeft van: onder de hand d. i. in het geheim tusschen de personen die er in betrokken zijn, wijst de tegenstelling, waarin hier het woord gebruikt wordt, als van zelf op de uitsluiting van den ambtenaar. Verg. Woordenboek d. N. taal v° onderhandsch.

Van deze onderhandsche geschriften worden die, welke met het doel om tot bewijs van het daarin vermelde te strekken worden opgemaakt en welke dan onderteekend zijn door hen die ze in schrift stelden of deden stellen, meer bepaaldelijk onderhandsche akten genoemd. **Onderhandsche akten.**

Dat tot de onderhandsche akten onderteekening vereischt wordt ligt duidelijk genoeg in art. 1911 waar, onder de geschriften, de akten als onderhands geteekende stukken worden aangeduid, in art. 1912 waar van de onderteekenaars gesproken wordt, terwijl in een bijzonder soort van onderhandsche akten nog andere formaliteiten gevorderd worden behalve de ondertee-

kening a. 1915. Zie ook art. 1917, volgens hetwelk de akten bewijs opleveren van de dagteekening tegenover de onderteekenaars. Verg. de opmerking der Regeering bij VOORDUIN V. bl. 478 sub. IV. Zie ook art. 1906 B. W. en art. 30 wet Notarisambt, volgens welke de daar bedoelde akten kracht van onderhandsch geschrift, lees: onderh. akte, hebben mits zij door partijen onderteekend zijn. Dat vereischte is bij een geschrift dat opgemaakt wordt met het doel om van het daarin vermelde bewijs te verschaffen, waaruit mag worden afgeleid dat zij die dit geschrift opmaken daarbij belang hebben, zeer natuurlijk. Want daarmede wordt op uitnemende wijze bevestigd dat de onderteekenaar datgene wat in de akte verklaard wordt als te zijn geschied, als van hem afkomstig, als door hem verklaard beschouwt. Kon al hetzelfde worden aangenomen, wanneer eene akte met vermelding van den naam van hem die de verklaring aflegt door dezen zelf was geschreven, zoodra er meer personen in de handeling betrokken zijn, valt de mogelijkheid om zelf te schrijven weg en de onderteekening die zoo uitnemend bevestigt wat daarboven staat, maakt het vereischte van het eigenhandig schrijven van den inhoud der akte door een der in de akte betrokken personen geheel overbodig. Zoo ligt ook de kracht der authentieke akte niet daarin dat de ambtenaar zelf de akte in schrift stelt maar dat hij door zijne onderteekening bekrachtigt dat haar inhoud van hem afkomstig is.

Wanneer de wetgever hier van »teekenen" en »onderteekenen" spreekt, dan gebruikt hij deze woorden in de gebruikelijke beteekenis van »teekenen met zijn naam". Dit wordt nog bevestigd door de opzettelijke weglating van eene bepaling als art. 2348, O. 1820 inhield, hetwelk toeliet dat de onderteekening door het zetten van eenig merk geschiedde, mits het blijke dat het merk met kennis van zaken door den zich verbindenden persoon en in tegenwoordigheid van twee getuigen gesteld zij. Zie VOORDUIN V. bl. 477 en 478. De jurisprudentie heeft ook de ongeldigheid van zoodanige merken als onderteekening aangenomen. Zie nog Rechtb. Amsterdam 22 Mei 1890, W. n. 5900. Dat daarom eene onleesbare handteekening met een merk als een † gelijk zou staan, kan ik DIEPHUIS IX n° 125 niet toegeven. Zij verschilt van het † daarin, dat zij een naam verbeeldt en iets individueels is, en wanneer dan maar uitgemaakt kan worden, welke naam aldus geteekend placht

te worden, staat aan de zekerheid der onderteekening en aan hare geldigheid als zoodanig niets in den weg. Verg. C. I. I. DE JONCHEERE, het rechtskarakter der onderteekening. Acad. Proefschr. Amsterdam 1890 bl. 59. v. v. die ook de door middel van de drukpers vervaardigde naamteekening en die door een naamstempel verkregen bespreekt en terwijl hij aan de eerste elke bijzondere waarde ontzegt, over de laatste anders oordeelt.

Onderhandsche akten zijn alzoo naar onze wet: »buiten tusschenkomst van een ambtenaar door bijzondere personen opgemaakte en onderteekende geschriften". De uitsluiting van den ambtenaar ligt in het onderhandsch, het vereischte van onderteekening in de bijzondere benaming van akte, in tegenstelling van geschriften, tot welke de onderteekening geen vereischte is. De Franschen geven met hun »acte sous seing privé" te kennen dat zij hare kracht ontleent niet aan de onderteekening van een ambtenaar maar aan die van bijzondere personen en kunnen de tegenstelling met de authentieke akte dan daarin vinden dat de onderteekening buiten tegenwoordigheid van een ambtenaar heeft plaats gehad.

De onderteekening is alzoo het eenig vormelijk vereischte voor de onderhandsche akten in het algemeen.

Behalve de onderteekening stelt de wet nog bijzondere vormelijke eischen alleen voor onderhandsche akten welke eenzijdige schuldverbintenissen inhouden van gereed geld of van zaken welker hoegrootheid of hoeveelheid bij het getal, de maat of het gewicht is aangewezen, wanneer deze verbintenissen niet zijn zaken van koophandel. Bijzonder soort.

Deze moeten òf geheel geschreven zijn met de hand van den onderteekenaar òf de onderteekenaar moet boven zijne naamteekening met eigen hand eene goedkeuring geschreven hebben houdende in voluit geschreven letters het cijfer van de verschuldigde geldsom of dat van de maat, het getal of het gewicht der verschuldigde zaken: Art. 1915 B. W.

De bepaling is ontleend aan art. 1326 C. C. en hierin overgegaan uit déclaration du roi du 30 juillet 1730 en 22 septembre 1733, waarvan gewoonlijk alleen de laatste wordt geciteerd. Zie POTHIER traité des obl. n°. 744 en MERLIN Rép. v°. billet § 1,

n°. II. Bij TRIPIER wordt die van 1730, behalve de overgangsbepaling, in haar geheel medegedeeld; van die van 1733 vermeldt hij, evenals RIVIÈRE c. s. in hunne uitgaaf van de Codes, slechts een deel dat aan de overwegingen niet aan het dispositief is ontleend.

Ik acht het niet onbelangrijk den volledigen tekst van beide declaratiën hier op te nemen, met weglating alleen van de overgangsbepalingen. De eerste ontleen ik aan het Recueil général des anciennes lois françaises par MM. ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER t. XXI. p. 334, de tweede aan MERLIN t. a. p.

DÉCLARATION CONCERNANT LES BILLETS, PROMESSES ET QUITTANCES SOUS SIGNATURE PRIVÉE.

Compiègne, 30 juillet 1730.

LOUIS etc. Nous sommes informés que depuis quelques années un grand nombre de particuliers ont trouvé le moyen d'avoir des signatures vraies de plusieurs personnes et de s'en servir après avoir plié ou coupé le papier où ces signatures étaient écrites, ou en avoir enlevé l'écriture, et l'avoir rempli ou fait remplir par des mains étrangères, de billets, de promesses et de quittances; en sorte que les personnes des signatures desquelles on avait ainsi abusé, et en leur lieu, leurs héritiers et ayantscause, étant forcés de se rendre à la vérité de ces signatures, dont cependant les engagemens étaient évidemment faux et supposés, ont été contraints de recourir à des procédures judiciaires, que quelquesuns de ces faussaires ont éludé par de nouvelles subtilités; et comme ces sortes de faussetés intéressent le commerce, l'ordre, la foi publique et la tranquillité des familles, nous avons jugé qu'il était infiniment important de rémédier aux suites qu'elles peuvent avoir, d'autant plus que ceux qui craignent de ne pouvoir convaincre d'infidélité ces dangereux prévaricateurs, accoutumés á s'autoriser, dans le cours des poursuites judiciaires de la vérité des signatures qu'ils ont exposées, préfèrent souvent des accomodements, qui, en laissant de tels crimes impunis, leur causent beaucoup de préjudice, et donnent lieu à de nouvelles fabrications de cette nature; et quoique tous les billets dont le corps, ou l'approbation au moins, n'est point écrite de la main des personnes qui les ont signés, soient très suspects, nous avons résolu, d'y pourvoir plus particulièrement. A ces causes etc., voulons et nous plaît, que tous

billets, et autres promesses ou quittances sous signature privée, soient de nul effet et valeur si le corps de l'écriture n'est de la main de celui qui aura signé les billets, promesses ou quittances ou que l'approbation de la somme ou la quantité des denrées, marchandises, ou autres effets pour lesquels l'engagement aura été contracté, ne soit entièrement écrit en toutes lettres et sans chiffre, de celui qui aura signé le dit engagement, faute de quoi les dits billets, et autres promesses ou quittances, ne pourront être exigibles, soit par les porteurs, endosseurs, procureurs, cessionnaires ou autres. Ordonnons que tous les dits billets, et autres promesses ou quittances sous signature privée, qui ne se trouveront pas conformes à la présente disposition, seront renouvelés dans un an" etc.

DÉCLARATION CONCERNANT LES BILLETS OU PROMESSES CAUSÉS POUR VALEUR EN ARGENT.

Versailles, 22 septembre 1733.

Aan het slot van de »préambule" die alleen in woorden een weinig verschilt van die van de déclaration van 1730, behalve dat er niet van het misbruik van quittances sprake is, en die alleen is opgenomen in het Recueil général, leest men: Nous avons cru que le meilleur moyen pour y parvenir était de déclarer nuls les billets qui ne seraient pas écrits, ou du moins approuvés de la main de celui qui paraitrait les avoir signés, en exceptant néanmoins de cette règle les actes nécessaires pour le commerce, ou fait par des gens occupés aux arts et métiérs, ou à la culture des terres, qu'il serait difficlle, et même souvent impossible d'assujettir à l'observation de cette nouvelle formalité. A ces causes etc. nous avons dit, déclaré et ordonné et par ces présentes déclarons et ordonnons, voulons et nous plait que tous billets sous signature privée au porteur, à ordre ou autrement causés pour valeur en argent, autres néanmoins que ceux qui seront faits par des banquiers, négocians, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, laboureurs, vignerons, manouvriers et autres de pareille qualité, seront de nul effet et valeur, si le corps du billet n'est écrit de la main de celui qui l'aura signé, ou du moins si la somme portée au dit billet, n'est reconnue par une approbation écrite en toutes lettres aussi de sa main; faute de quoi le paiement n'en pourra être ordonné en justice. Voulons néanmoins que celui qui refusera de payer le contenu

aux dits billets ou promesses, soit tenu d'affirmer qu'il n'en a point reçu la valeur, et à l'égard de ses héritiers ou réprésentants, ils seront seulement tenus d'affirmer qu'ils n'ont aucune connaissance que les dits billets soient dus. Ordonnons pareillement que tous les billets ou promesses sous simple signature privée faits antérieurement à la date de la présente" etc.

Evenmin als bij POTHIER en MERLIN, wordt in de voorbereidende handelingen van den Code van de décl. van 1730 melding gemaakt; ook ontleenen zoowel BIGOT—PRÉAMÉNEU in het Exposé des motifs als JAUBERT in zijn Rapport au tribunat en MOURICAULT, in zijn Discours dans la séance du corps législatif, de gronden voor de bepaling van art. 1326 aan de préambule van de declaratie van 1733. LOCRÉ t. XII, p. 397, 513, 581 vv. Vreemd moet het schijnen dat de décl. van 1733 met geen woord van die van 1730 gewag maakt. en ofschoon beide zeer goed naast elkander kunnen bestaan, schijnt die van 1730 buiten toepassing geraakt te zijn. JAUBERT zegt althans uitdrukkelijk dat art. 1326 den regel heeft uitgebreid tot de verbintenissen tot levering van eene »chose appréciable". Hoe dit zij, het staat vast dat de bepaling van onze wet op het voorbeeld van den Code, niet meer toepasselijk is op kwitantiën, waarvan de décl. van 1730 uitdrukkelijk gewaagt en waarbij het misbruik van handteekening, waartegen zou gewaakt worden, even goed kan voorkomen. Zou op deze beperking van de oorspronkelijke bepaling eene overweging als l. 47 de O. et A. 44.7 aan de hand geeft, invloed geoefend hebben? Zeker kan hij, die een kwitantie afgeeft, in 't algemeen niet op zoodanige bescherming aanspraak maken als hier verleend wordt aan hem die eene verbintenis aangaat.

De bepaling is uitsluitend toepasselijk op eenzijdige schuldverbintenissen. Doch, terwijl daarbij de uitdrukking van den Code »par lequel une seule partie s'engage envers l'autre", niet is overgebracht, vervalt elke aanleiding zelfs tot twijfel, die onder den Code meer dan een proces heeft doen ontstaan, over de vraag of de bepaling ook op 't geval toepasselijk was dat meer personen zich solidair of de een als borg voor den anderen hadden verbonden. Voor elk der, hetzij als borg, hetzij als hoofdschuldenaar, hetzij hoofdelijk zich verbindende onderteekenaars geldt het voorschrift betreffende de goedkeuring. Verg. MERLIN t. a. p. n°. IV en V.

De verbintenis moet tot onderwerp hebben een som geld »causés pour valeur en argent", zooals de décl. van 1733, of »van eene zaak welke op eene bepaalde waarde kan worden gesteld", eene vrij onbepaalde uitdrukking waarmede het »une chose appréciable van art. 1326 werd vertaald, wat door JAUBERT al dadelijk werd opgehelderd met het voorbeeld van »une quantité de blé" en dat in de décl. van 1730 bepaalder werd aangegeven met »la quantité des denrées, marchandises ou autres effets". Ik meen de gedachte goed te hebben teruggegeven met zaken welker hoegrootheid of hoeveelheid bij het getal, de maat of het gewicht is aangewezen. Immers in letterlijken zin kan op eene bepaalde waarde gesteld worden iedere zaak die in rechtskundigen zin *zaak* mag heeten, en zoover strekt zich kennelijk de bepaling niet uit; de beperking ligt duidelijk in de slotwoorden van art. 1915 § 1 »de hoegrootheid of hoeveelheid der verschuldigde zaak". Zie ook LAND bl. 381.

De uitzondering voor *zaken van koophandel* vindt wel hare aanleiding in de bepaling van art 1326 § 2 maar heeft eene geheel andere beteekenis dan die van den Code. De Code ontleende de hare aan de décl. van 1733, die daarmede eene beperking bracht in het voorschrift van die van 1730. De reden van de uitzondering in 1733 was van tweeërlei aard. Vooreerst wilde men voorkomen de stremming welke de bepaling in den handel kon veroorzaken en zonderde nu de »actes nécessaires pour le commerce" uit door de bepaling niet toepasselijk te verklaren op banquiers, négocians, marchands, manufacturiers; ten andere wilde men de ambachtslieden, bouwlieden, werklieden en dienstboden van de bepaling ontheffen omdat deze, die dikwijls niet anders dan hun naam kunnen teekenen, anders tot de meerdere kosten van de authentieke akte de toevlucht moesten nemen. Zie JAUBERT bij LOCRÉ t. a. p. p. 514; verg. POTHIER n°. 744. Gaf de wetgever van 1733, toen het handelsrecht nog een stand of beroepsrecht was, het denkbeeld om de handelszaken uit te zonderen goed terug door bepaalde handeldrijvende personen uit te zonderen, de Code had bij verandering van het object van het handelsrecht in dienzelfden geest andere bewoordingen moeten kiezen, en onze wetgever verbeterde hem, wellicht onbewust, door ~~niet van~~ *kooplieden* maar van *zaken van koophandel* te spreken. Doch de tweede reden van de uitzondering, die hare uitdrukking vond in het niet toepasselijk verklaren van de bepaling op ambachtslieden enz. kon alleen dan die uitzondering doen vervallen, indien juist is wat

bij de vaststelling van onze wet werd beweerd, dat in ons land de algemeene volksbeschaving grootere vorderingen heeft gemaakt zoodat van de in de uitzondering begrepen personen niet kan gezegd worden dat zij alleen hun naam zouden kunnen teekenen. Verg. ASSER Verg. § 876. Want, het moge al waar zijn dat dergelijke min kundige personen dubbel de bescherming van de wet tegen kwade praktijken als de wet met art. 1915 bedoelt, noodig hebben, men vergete niet dat de voorname aanleiding tot het belemmerend voorschrift gelegen was in het misbruik van eene handteekening, welke zeer zeker van kooplieden en bankiers gemakkelijker te bemachtigen is dan van ambachtslieden en dergelijke. Moest dan voor menschen van zaken — want tot dezen zal men toch wel allen mogen rekenen die zich ter zake van handel verbinden — de belemmerende bepaling worden opgeheven in het belang van den handel en het doen van zaken, voor ambachtslieden e. a. kon zij wegvallen omdat de handteekeningen van de zoodanige minder tot misbruik aanleiding geven, en omdat, indien al de goede trouw van dezen lichter kan worden verrast door hen voor grooter sommen te laten teekenen dan zij werkelijk schuldig willen bekennen, de beschermende bepaling moest wijken voor de meerdere kosten der authentieke akte tot welke zij anders hun toevlucht moeten nemen, zoo dat men ook hier meende te moeten zeggen dat » le mieux n'est trop souvent que l'ennemi du bien." Zijn de ambachtslieden enz. bijna in 't algemeen tot het volledig schrijven der schuldbekentenis of van een goedkeuring in staat te achten, dan is zeker de behoefte om hunne schuldbekentenissen van die formaliteit vrij te stellen, hoogst gering. — Zal men, nu de bepaling niet toepasselijk is op zaken van koophandel, art. 1915 toepasselijk moeten achten op orderbriefjes buiten het geval dat zij, nl. ten opzichte van kooplieden, daden van koophandel zijn (art. 4 n°. 2) en op assignatiën die niet tot de daden van koophandel behooren, wanneer zij niet door een koopman in zijne betrekking als zoodanig zijn afgegeven? (verg. art. 4 n°. 3). Neen! Al kunnen deze geschriften naar hunnen inhoud gezegd worden eene eenzijdige verbintenis tot betalen van eene som geld in te houden en alzoo tot het genus der onderhandsche schuldbekentenissen worden gebracht, het zijn geschriften voor welker vorm in verband met de daaruit voortspruitende rechtsgevolgen bijzondere bepalingen zijn gemaakt, welke het voorschrift van art. 1915 buiten toepassing stellen. Men zie niet voorbij dat, terwijl de déclaration van 1733

spreekt van »tous billets sous signature privée au porteur, à ordre ou autrement," deze bijvoeging in art. 1326 niet werd overgenomen en dit artikel alleen spreekt van »le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer" enz. waardoor het de bijzonder geclausuleerde, onder eene bijzondere benaming in de wetgeving bekende, geschriften uitsluit. Dit geldt nog te meer ten opzichte van art. 1915 B. W., dewijl de bepaling van art. 1 W. v. K. zijne toepassing op handelszaken uitsluit voorzoover het Wetb. v. Kooph. bijzondere bepalingen bevat. En zoodanige bijzondere bepalingen zijn zeker die welke omtrent het orderbriefje en de assignatie zijn gemaakt, evengoed als die omtrent den wissel tengenover welken de wetgever zelf in art. 102 de onderhandsche schuldbekentenis stelt als eene gewone schuldbekentenis.

Aanm. De bepaling omtrent de onderhandsche schuldbekentenissen is, behalve die omtrent de uiterste willen in art. 979, 982, 987 en 998 B. W. en de bijzondere bepalingen omtrent handelspapier en andere geschriften waarvan de vorm door den aangewezen inhoud bepaald wordt, in het W. v. K. voorkomende, de eenige bijzondere bepaling welke onze wetgever ten aanzien van den vorm van onderhandsche akten bevat. De bepaling van den Code, die de geldigheid van de onderhandsche akten welke van wederzijds verbindende overeenkomsten worden opgemaakt daarvan afhankelijk stelt, dat er zooveel exemplaren van opgemaakt worden als er partijen zijn die een onderscheiden belang hebben en dat in ieder stuk van het aantal der aldus opgemaakte exemplaren melding gemaakt wordt (art. 1325) is bij ons vervallen. Het is duidelijk dat, al heerscht er ook in de toelichting van deze bepaling (LOCRÉ t. XII. p. 396, n°. 193, p. 511 n°. 11) eenige verwarring van overeenkomst met akte, de wetgever van het niet voldoen aan deze formaliteit alleen de geldigheid van de akte niet die van de overeenkomst afhankelijk heeft gesteld. Heeft ASSER, Verg. § 875, de redeneering van den nederl. Wetgever juist teruggegeven, heeft deze het inderdaad »als eene hoogst onrechtvaardige verordening beschouwd, de geldigheid eener overeenkomst te doen afhangen van de omstandigheid, dat zooveel afschriften zijn opgemaakt en onderteekend als er handelende partijen bestaan" dan heeft hij de fransche bepaling niet goed begrepen. Ofschoon er bezwaren kunnen bestaan om zelfs de gel-

digheid van de akte van de hier bedoelde formaliteiten te laten afhangen is toch het voorschrift om dubbelen op te maken bij uitnemendheid practisch en pleegt het als van zelf in de praktijk gevolgd te worden. Maar dan behoeft het ook daarom niet in de wet te staan.

Bewijskracht. Waarvan afhankelijk? De bewijskracht van de onderhandsche akte is afhankelijk daarvan dat zij afkomstig is van de personen die haar onderteekenden. Wat zij met hunne handteekening bekrachtigden en alzoo betuigen verklaard te hebben, dat moeten zij verklaard hebben. Bij onderhandsche schuldbekentenissen wordt dit echter eerst aangenomen wanneer ook het schrift zelf van de akte of de daaronder geplaatste goedkeuring van den onderteekenaar afkomstig is.

De bewijskracht wordt verzekerd door de erkenning van de handteekening of ook van het schrift door dengene van wie men beweert dat het stuk afkomstig is en tegen wien men zich daarop beroept, of doordien een of ander naar de wet voor erkend wordt gehouden.

Van hem, tegen wien men zich op een onderhandsch stuk beroept als door hem onderteekend of geschreven, kan eene stellige erkenning of ontkenning gevorderd worden; zijne erfgenamen of rechtverkrijgenden kunnen volstaan met te verklaren dat zij de handteekening of het schrift niet erkennen als dat van hem wiens verbintenis op hen is overgegaan.

Die ontkenning of niet erkenning maakt een gerechtelijk onderzoek noodig, waardoor de echtheid of onechtheid van handteekening of schrift wordt uitgemaakt en de bewijskracht aan de akte toegekend of ontzegd wordt. Art. 1912, 1913, 1914 B. W.

Terwijl bij de authentieke akte de ambtenaar verklaart wat hij verricht heeft of wat voor hem is voorgevallen en alzoo ook wat de voor hem verschenen personen hebben verklaard, terwijl hij met zijn hand teekening bekrachtigt, dat dit alles alzoo geschied en in schrift is gesteld, zoodat zelfs de onderteekening van de partijen kan worden gemist, indien zij verklaren dat zij niet kunnen en waarom zij niet kunnen onderteekenen, zoo zijn het bij de onderhandsche akte de bijzondere personen zelve, die wat zij verrichtten of verklaarden in schrift stellen en dit door hunne onderteekening bekrachtigen. Met die onderteekening geven zij alzoo te kennen dat de akte van hen afkomstig is en zoo volgt van zelf dat, wanneer aan die

akte de kracht wordt toegekend om bewijs op te leveren, dit moet vast staan, dat de onderteekening afkomstig is van hem, wiens naam daardoor wordt aangeduid. Bij de authentieke akte staat dit ook al weder daarom vast, omdat de ambtenaar verklaart, dat de voor hem verschenen personen hem bekend zijn en dat zij in zijne tegenwoordigheid de akte onderteekend hebben. De authentieke akte heeft derhalve in zich het bewijs van de identiteit der handelende personen.

Dewijl tot de onderh. schuldbekentenis gevorderd wordt eigenhandig schrift van de akte zelve of van de goedkeuring door den onderteekenaar, moet van zelf ook vaststaan dat ook dat schrift van den onderteekenaar afkomstig is.

Aangezien verder de onderhandsche akte werd opgemaakt met het doel om bewijs van de daarin opgenomen verklaringen te verschaffen, ligt het voor de hand dat aan hem, die uit zoodanige verklaringen recht ontleent en deze dus te bewijzen heeft, de gelegenheid niet alleen moet openstaan om te bewijzen, dat de akte werkelijk afkomstig is van den onderteekenaar, maar dat hij ook dit in zoover als waarschijnlijk mag aannemen, dat degene, wiens naam er onder staat, verplicht is zijne onderteekening, en bij onderh. schuldbekentenissen ook zijn schrift, te erkennen of te ontkennen. De erkenning toch maakt alle verder onderzoek overbodig. Eerst wanneer de handteekening of het schrift stellig ontkend wordt, zal degene, die desniettemin de waarachtigheid daarvan volhoudt, de echtheid hebben te bewijzen en daartoe wordt dan het onderzoek ingesteld, waarop art. 1914 doelt, en dat wij, naar aanleiding van de bepalingen van het Wetb. v. B. R., nader zullen behandelen. Uit art. 1914 blijkt duidelijk dat waar geen stellige erkenning noch stellige ontkenning is afgelegd, de echtheid mag worden aangenomen. A fortiori waar het bestaan der verbintenis, waarvoor de akte als bewijs wordt aangevoerd niet ontkend maar haar teniet gaan, bijv. door voldoening, beweerd wordt. Daarin ligt zelfs een stilzwijgende erkenning van de onderteekening opgesloten, dewijl het bewijs dat de akte voor het bestaan der verbintenis oplevert niet wordt tegengesproken. Evenzoo zal bij gebreke van stellige ontkenning van de zijde van hem tegen wien verstek verleend werd, de eisch gegrond op eene onderteekende onderhandsche akte voorhands als bewezen kunnen worden aangenomen. Het is wellicht niet zonder bedenking om in al deze gevallen de akte als »op eene wettige wijze voor erkend gehouden"

te beschouwen, vooral niet, als men let op de fransche uitdrukking »légalement tenu pour reconnu" (art. 1322 C. C. verg. art. 1922 W. 1830). Ik acht toch deze woorden van art. 1912 veeleer toepasselijk op het geval dat, bij ontkenning, de echtheid der akte bij rechterlijk vonnis is uitgemaakt. Maar art. 1914 is in verband met 1913 m. i. afdoende om in de besproken gevallen eene akte als erkend te beschouwen, zonder dat de erkenning in stellige bewoordingen plaats had. De verplichting om het schrift of de handteekening stellig te erkennen of te ontkennen moet bovendien in verband gebracht worden met de verplichting aan erfgenamen en rechtverkrijgenden opgelegd. Deze zijn, indien zij niet toevallig bij de onderteekening tegenwoordig waren, wat niet wordt verondersteld, tot eene stellige verklaring buiten staat en zij kunnen daarom de bewijskracht van de akte voorhands afweren met eenvoudig het schrift of de handteekening niet te erkennen.

Het is voor de formeele bewijskracht der akte voldoende dat zij erkend wordt door dengene tegen wien men zich daarop beroept, en deze kan ook alleen zijne eigene handteekening ontkennen. Al is de volkomen waarheid der akte afhankelijk daarvan dat alle onderteekenaars daartoe inderdaad meewerkten, eene ontkenning van de handteekening van een ander is niet toe te laten, omdat de waarheid van de akte alleen beweerd wordt en behoeft vast te staan tegenover hem die uit die akte aangesproken wordt. Zoo zal ook, wanneer van twee schuldenaren, die bij dezelfde akte eene onderhandsche schuldbekentenis aflegden tot betaling in geld en zich hoofdelijk verbonden, door een hunner geen beroep daarop kunnen worden gedaan, dat de ander geene eigenhandige goedkeuring boven zijne onderteekening heeft geplaatst.

Wat bewijst de akte?

De onderhandsche akte bewijst, wanneer zij erkend is of voor erkend moet worden gehouden, evenals de authentieke akte, dat de daarin opgeteekende feiten hebben plaats gehad en dat alzoo de daarbij optredende personen de verklaringen hebben afgelegd, welke daarin vermeld staan.

Hare dagteekening wordt evenwel tegenover derden niet door die erkenning der handelend optredende personen bewezen. Voor derden worden de in de akte vermelde feiten en verklaringen eerst geacht te hebben plaats gehad op den dag, waarop zekerheid omtrent het bestaan der akte is verkregen door hare registratie,

door hare vermelding in eene authentieke akte, door het overlijden van een harer onderteekenaars; voorts staat in het bijzonder ten aanzien van den derde, tegen wien men zich op de akte beroept, haar bestaan vast met den dag, waarop deze haar bestaan schriftelijk heeft erkend, art. 1917 B. W.

Indien dan de waarheid van hetgeen in eene anderhandsche akte vermeld is vaststaat, wanneer de onderteekenaar zijn onderteekening heeft erkend, dan vloeit daaruit voort, dat zij evenals de authentieke akte volledig bewijs oplevert van hetgeen daarin vermeld staat, maar dit zal evenals bij de authentieke akte even goed voor derden als voor de onderteekenaars en hunne erfgenamen of rechtverkrijgenden het geval zijn. En zoo wordt ook door de onderhandsche akte, even goed als door de authentieke, de in de akte vermelde verklaring bewezen, of deze eene verbintenis inhoudt dan of zij in een bloot te kennen geven bestaat dat geen verband houdt met den inhoud der akte, zoodat daaruit geene verbintenis kan worden afgeleid, daardoor althans het aangaan daarvan niet kan worden bewezen. Maar juist omdat het dan toch door de akte vast staat, dat de onderteekenaar daarin zulk een te kennen geven heeft opgenomen, kan daaruit het aangaan of het bestaan of de voldoening aan een verbintenis waarschijnlijk worden en de bij de akte afgelegde verklaring kan dan ook hier een begin van schriftelijk bewijs voor het bestaan of te niet gaan van eene verbintenis opleveren voor zoover de afgelegde verklaring een of ander waarschijnlijk maakt. Van de bepaling in art. 1912 voorkomende, betreffende het bewijs »ten aanzien van de onderteekenaars en derzelver erfgenamen en rechtverkrijgenden" en de toepasselijkheid van art. 1908 geldt hetzelfde wat ik hierboven ten aanzien van art. 1907 »tusschen partijen en derzelver erfgenamen" en ten aanzien van art. 1908 met betrekking tot de authentieke akte heb opgemerkt. Alleen wat de dagteekening der akte betreft is het anders.

Wanneer zij die de akte hebben opgemaakt en onderteekend, dit erkennen en zij dien tengevolge aannemen dat de verbindende verklaringen, welke daarin zijn opgenomen te hunnen aanzien bewezen zijn, dan kan er, wijl zij vrijelijk over het hunne mochten beschikken, geen reden bestaan, waarom ook niet door derden aan de aldus bewezen feiten geloof moet worden gehecht. Niet omdat die bijzondere personen geloof zouden verdienen als een openbaar ambtenaar,

maar omdat er geen aannemelijke reden is, waarom zij dus zouden hebben verklaard en die verklaringen hebben in geschrift gebracht, indien haar inhoud niet waar was. Betreffen hunne beschikkingen rechten van derden, deze kunnen daardoor in het algemeen niet benadeeld worden. Mochten de beschikkingen ter bedriegelijke verkorting van derden zijn gemaakt, dan hebben die derden altijd, indien zij de gevolgen van die beschikkingen willen opheffen, de opzettelijke benadeeling te bewijzen. Toch hangt het dikwijls van den dag waarop de beschikkingen gemaakt en de akte daarvan opgemaakt werd, af, of partijen werkelijk bevoegd waren zulke beschikkingen te maken juist met oog op aan derden toekomende rechten. Zullen derden dan ook maar moeten gelooven dat de partijen den juisten dag hebben opgegeven? Zeker niet; immers de reden van der partijen geloofwaardigheid vervalt. Daarom moet de juiste dagteekening, die bij de authentieke akte op de verklaring van den openbaren ambtenaar als de ware wordt aangenomen, bij de onderhandsche akte tegenover derden van elders blijken. Wanneer nu een openbaar ambtenaar, altijd in den kring zijner bevoegdheid, verklaart die onderhandsche akte te hebben gezien, dan staat vast dat zij op dien dag bestond en dan heeft zij voor derden zekerheid van dagteekening op dien dag, m. a. w., zij geldt voor derden als op dien dag opgemaakt. Daarom bepaalt de wetgever in art. 1917, dat die dagteekening tegenover derden kracht heeft van den dag, dat de akte is geregistreerd. Want de registratie is eene formaliteit daarin bestaande, dat eene akte wordt overgeschreven of bij uittreksel wordt geboekt in een daartoe bestemd register door den daartoe bevoegden ambtenaar. Die ambtenaar is verplicht van die registratie op het geregistreerde stuk melding te maken en daarbij te voegen in voluit geschreven letters de dagteekening, de bladzijde en het nommer van het register, en het bedrag der ontvangen rechten, waarvoor hij in deze verklaring kwijting geeft; art. 57 der wet van 22 frimaire VII en Alg. Instructie nopens het beheer, de boekhouding enz. Zie Vroom, De wetg. o. d. registr. op art. 57. Zoo blijkt dan de dagteekening die het stuk voor derden heeft uit de geregistreerde akte zelve.

Dat de vermelding van de onderhandsche akte in eene authentieke akte hetzelfde gevolg heeft is natuurlijk. Ook dan vloeit de zekerheid van dagteekening uit de verklaring van een ambtenaar voort. De C. C. haalt in a. 1328 als voorbeeld aan de vermelding

in een proces-verbaal van ontzegeling of van boedelbeschrijving. — Op de zekerheid van dagteekening uit het overlijden van een der onderteekenaars afgeleid wijst POTHIER n°. 749: »Si néanmoins l'acte sous signature privée avait une date constatée, p u t à, par le décès de quelqu'une des parties, qui l'auraient souscrit, il ferait foi, même contre un tiers, que la chose contenue dans l'acte, s'était déjà passée au moins au temps de la mort de la partie qui l'a souscrit". En dan moet dat overlijden ook weer vast staan, waartoe eene akte van den burgerlijken stand in de eerste plaats zal moeten dienen; art. 50 v. v. en art. 62 B. W. — Ook de laatste in art. 1917 vermelde omstandigheid, waarmede de bepaling van art. 1328 door onzen wetgever is aangevuld, wordt in de eerste plaats aangeduid door POTHIER t. a. p., waar hij opmerkt dat, terwijl de authentieke akten eene »date constante" hebben, daarentegen, »les actes sous signature privée, étant sujets à être antidatés, ne font ordinairement foi contre les tiers, que la chose qu'ils renferment s'est passée, sinon du jour qu'ils sont rapportés et produits aux tiers". Zelfs komt het mij voor dat deze bepaling juister is dan de onze, want wanneer een derde het bestaan der onderh. akte schriftelijk heeft erkend, behoeft tegenover hem haar bestaan niet meer bewezen te worden. Men had dan ook deze bijvoeging wel kunnen weglaten, terwijl de limitative redactie van art. 1917 (»hebben ten aanzien harer dagteekening tegen derden geen kracht dan enz.") het moeielijk maakt de omstandigheid zooals zij door POTHIER wordt aangeduid als aanwijzing van zekere dagteekening aan te nemen, hoe rationeel dit overigens ware. POTHIER bedoelt namelijk dat de akte tegen den derde is geproduceerd en hem vertoond is. Daarin ligt op zich zelf geen erkentenis van dien derde. Als men daarentegen bedoeld heeft met dit geval op te nemen het geval dat de derde zelf de onderhandsche akte produceert en men daartoe aanleiding vond in het zeggen van DUMOULIN: »probatio non oritur ex producto exemplo sed ex confessione producentis", dan heeft men toch die opmerking niet juist overgebracht. Immers de erkentenis van den derde behoeft, gelijk ik zeide, niet vermeld; het spreekt van zelf dat van die erkentenis af de akte ook voor den derde moet bestaan, en als die derde de akte voorbrengt dan wordt de dagteekening te zijnen aanzien niet door de voorgebrachte akte bewezen, maar doordien de derde de akte voorbrengende meteen op dat oogenblik haar bestaan erkent. De uitdrukkelijke vermelding van het voorbrengen

van de akte door den derde zou echter daardoor gerechtvaardigd worden dat dit voorbrengen zijnerzijds als eene erkentenis van haar bestaan was te beschouwen.

Als voorbeeld van een geval, waarin de ontstentenis van zekerheid van dagteekening tegenover derden, de erkenning van een overigens wel gevestigd recht zal kunnen in den weg staan, noem ik een pandrecht gevestigd voor eene niet opeischbare schuld binnen veertig dagen voor de faillietverklaring, waarbij het de vraag is, of de schuldenaar zich vóór den aanvang van dien termijn tot de inpandgeving had verplicht. Daarvan toch zal het afhangen, of de curator al of niet de wetenschap der benadeeling zal hebben te bewijzen. Tot bewijs van het feit dat de schuldenaar zich, vóór den aanvang van den termijn van veertig dagen, tot de inpandgeving verplichtte, beroept de schuldeischer zich op eene onderhandsche akte wel vóór den aanvang van den termijn gedagteekend doch binnen de veertig dagen geregistreerd. De akte zal nu tegenover den curator eerst zekere dagteekening hebben van den dag der registratie, het blijkt niet dat de schuldenaar zich vóór den aanvang van den termijn had verplicht, maar wel het tegendeel, en derhalve zal de pandhouder zoowel als de schuldenaar vermoed worden de bestreden handeling met de wetenschap dat daardoor schuldeischers zouden worden benadeeld te hebben verricht en zal hij hebben aan te toonen, dat ten tijde waarop, en de omstandigheden waaronder, de handeling verricht werd, zij niet tot benadeeling der schuldeischers kon strekken, er althans voor hem geen aannemelijke reden bestond om dit te gelooven of te vermoeden. Artt. 43 n°. 2 j°. 42 der wet op het faillissement te vergelijken met de toelichting.

Hetzelfde zou ik, indien mij thans eene uitdrukkelijke wetsbepaling niet in den weg stond, beslissen met opzicht tot een bij onderhandsche akte door den schuldenaar aangegane verbintenis. Ook deze kan zoo geldig zijn als men wil, zoolang tegenover de andere schuldeischers niet vast staat, dat de verbintenis door den schuldenaar werd aangegaan vóór het faillissement, kan de schuldeischer op grond van die akte alleen niet tot den concursus worden toegelaten. Noch het arrest van den H. Raad van 11 December 1846 W. n. 768 noch ook dat van 12 Januari 1888 W. n. 5505 heeft mij kunnen overtuigen van de juistheid der daarin verkondigde meening, dat de curator, wanneer hij de toelating van eene schuldvordering, op grond van

gebrek aan zekere dagteekening van de onderhandsche akte, welke tot bewijs daarvan werd aangevoerd, bestreed, als vertegenwoordiger van de schuldeischers en middellijk van den gefailleerde zou optreden, zoodat hij niet als derde zou kunnen worden beschouwd. Daarbij is m. i. uit het oog verloren dat, waar de schuldeischers of de curator de toelating van een ander schuldeischer bestrijden, zij dit vooreerst kunnen doen op grond van de ongeldigheid of de opheffing van de beweerde verbintenis des schuldenaars; dàn oefenen zij, als gerechtigd tot den boedel, een recht van den schuldenaar uit. Zij voeren een bewering welke de schuldenaar zelf ook tegen de tusschen hem en den schuldeischer beweerde betrekking zou hebben kunnen maken. Maar zij kunnen de toelating ook bestrijden uit eigen hoofde, op grond van hunne gerechtigdheid tot den boedel die hun gemeenschappelijk onderpand is, maar die ook alleen tot gemeenschappelijk onderpand strekt van hen, die werkelijk schuldeischers zijn en die zij als schuldeischers met en benevens hen behooren te erkennen. Voor de toelating tot den concursus is niet voldoende dat de schuldenaar zich jegens den opkomenden schuldeischer verbonden heeft, maar ook moet ten opzichte van de andere schuldeischers blijken dat hij zich verbond, toen hij dit nog zonder benadeeling van bestaande schuldeischers doen mocht, m. a. w. vóórdat hij het beheer en de beschikking over zijn boedel had verloren. Dit moet ten aanzien van de schuldeischers vast staan en daarom moet de onderhandsche akte een zekere dagteekening hebben, moet het vaststaan langs den weg bij art. 1917 aangewezen, dat die akte bestond daags vóór het faillissement. Verg. het Acad. proefschrift van den heer A. Tak, de rechtsverhouding van den curator in het faillissement bl. 74 v. Zie ook Diephuis III bl. 400 en nt 3 ald. De aanleiding tot wat mij voorkomt een dwaling te zijn schijnt daarin te liggen, dat de Hooge Raad den curator en de schuldeischers niet anders dan als vertegenwoordigers heeft kunnen beschouwen; dat hij niet bedacht dat zij als schuldeischers ook een eigen recht handhaven. Ook wil het mij voorkomen dat de gewoonte om onderhandsche schuldverbintenissen niet te laten registreeren ten einde de belasting te vermijden den invloed is blijven uitoefenen, welke duidelijk bleek uit het arrest van 1846, doch na de wet van 1882, nº. 92, geen reden meer heeft. Het gevolg is, dat de zoo rationeele en heilzame bepaling van art. 1917 in dit geval volkomen illusoir wordt. Is een interpretatie die zoo-

danig gevolg heeft niet reeds daardoor bedenkelijk? Intusschen heeft de Wetgever nù de vraag in tegenovergestelden zin beslist. Art. 123 der Wet op het faillissement zegt uitdrukkelijk: »De schuldeischer, wiens vordering betwist wordt, is tot staving daarvan tot geen nader of meerder bewijs gehouden, dan hij tegen den gefailleerde zelf zou moeten leveren." En uit de Memorie van toelichting blijkt, dat de bepaling tot bevestiging van 's Hoogen Raads jurisprudentie over art. 1917 dus werd gesteld. In die toelichting wordt tevens gezegd maar niet bewezen: »dat de curator of schuldeischer die verzet doet geene andere rechten dan die van den gefailleerde doet gelden." Vrage: hoe strooken daarmede de artt. 42 vv.? Wanneer daar dan nog bijgevoegd wordt: dat »als men in het oog houdt dat de vraag waarover het verificatie-geschil loopt, uitsluitend deze is: Kan hij, die de verificatie vraagt, aantoonen dat zijn recht tegenover den gefailleerde vaststaat — dan kan men tot geen andere conclusie komen dan die welke nedergelegd is in het voorgestelde artikel", dan is die conclusie juist doch de hypothese der praemisse valsch en het is alsof de steller dit gevoeld heeft in zijn »dan kan men" enz. Zal men het aldus uit den weg geruimd artikel 1917 nu ook mogen veronachtzamen bij de toepassing van art. 43? Noch de woorden noch de toelichting van dat artikel zouden dat rechtvaardigen. Allerminst zal daartoe geneigd zijn hij die met mij van art. 123 zou willen zeggen: »quod contra rationem iuris introductum est non est producendum ad consequentias."

Bij wissels en dergelijk papier geldt de daarin geplaatste dagteekening, welke de wet tot den vorm vereischt, ook voor derden. Met opzicht tot het endossement volgt dit uit art. 138 K. met noodzakelijke gevolgtrekking. Dat art. 205 K. den bewijslast zou omkeeren en in het daar bedoeld geval den houder het bewijs jegens derden zou opleggen, kan ik ASSER c. s., aant. op dat art., niet toegeven.

Bijzondere bepaling voor onderh. schuldbekentenis.

Indien eene onderhandsche schuldbekentenis niet is opgemaakt in den vorm bij artikel 1915 aangewezen, dan is de daarin vervatte verklaring niet voldoende gewaarborgd om tegenover de ontkentenis van de aangegane verbintenis het bestaan daarvan te bewijzen. Het geschrift maakt dan het aangaan van de verbintenis slechts waarschijnlijk; het levert daarvoor niet dan een begin van bewijs,

en, dewijl dit op het geschrift berust, een begin van schriftelijk bewijs op.

Bestaat er verschil tusschen het cijfer van het bedrag dat in het lichaam der akte is aangewezen en dat hetwelk de goedkeuring aanwijst, dan wordt het minste cijfer als het juiste aangenomen, ten ware het bewijs geleverd worde, in welke der aanwijzingen de misslag heeft plaats gehad. Art. 1915 § 2, 1916. B. W.

Wat van de authentieke akte geldt, geldt van de onderhandsche en evenzoo van de onderhandsche schuldbekentenis. De akte bewijst, dat de daarin vervatte verklaring is afgelegd. Ligt in die verklaring eene verbintenis opgesloten, het bestaan der verbintenis zal bewezen zijn voor zoover als deze op eene wilsverklaring berust. Maar dewijl tot de bestaanbaarheid der verbintenis ook gevorderd wordt de bekwaamheid om zich te verbinden en deze kan ontbreken niettegenstaande eene wilsverklaring werd afgelegd, zoo blijft de bewijskracht der akte ongeschonden, al wordt daartegenover het bewijs toegelaten, dat de onderteekenaar minderjarig was. Evenzoo blijft onverlet het bewijs van dwang, dwaling of bedrog.

Maar, wat vooral bij onderhandsche schuldbekentenissen van belang is, hoe zal het zijn met het bewijs van de oorzaak? MERLIN v°. Billet § 1 n°. I leert, zonder dit gevoelen nader te adstrueeren: »Autrefois on était obligé de stipuler dans un billet que la valeur de la somme y énoncée avait été fournie: Mais aujourd'hui la reconnaisance de devoir cette somme, suffit pour faire condamner le débiteur à la payer, à moins toutefois qu'il n'y ait lieu de présumer du dol de la part du créancier". Zie echter ook DANTY op BOICEAU traité de la preuve par témoins 6e ed. 1769 p. 484 sv. Wat MERLIN zegt van »Autrefois" schijnt bevestiging te vinden in de déclaration de 1733 waar de vorm geregeld wordt voor »tous billets sous signature privée... causés pour valeur en argent". Men verlangde dus voor de geldigheid van de verbintenis waarvan het »billet" het bewijs zou opleveren, dat daarin een oorzaak was uitgedrukt waarvoor het: »valeur fournie de la somme énoncée" voldoende was. Dat het onder den Code: »aujourd'hui", anders was schijnt dan daaruit te volgen, dat naar de bepaling van art. 1132 C. C. het bewijs van de oorzaak niet op den schuldeischer rustte maar de schuldenaar het

ontbreken van oorzaak had te bewijzen, (zie echter MARCADÉ op art. 1351. C. C., DEMOLOMBE XXIV. n°. 367) welk bewijs ook uit het bewijs van »dol de la part du créancier" kon voortvloeien. Maar dan is dit ook bij ons weder anders, dewijl uit art. 1372 B. W. de gevolgtrekking moet gemaakt worden, dat den schuldeischer het bewijs van het bestaan van eene geoorloofde oorzaak tegenover de ontkentenis van den schuldenaar is opgelegd. Zie ASSER, Vergelijking § 705. Daarmede is geheel in strijd de leer door den H. Raad aangenomen bij arr. 13 Febr. 1870 W. n°. 3192 (tegen de concl. van O. M., zie ook W. n°. 3194) wanneer hij de oorzaak der verbintenis uitgedrukt acht in het »erkennen van schuldig te zijn", wat op zich zelf krachtig moge schijnen, maar waaruit van eene oorzaak, als de Wetgever bedoelt, niet het minste blijkt. Beter te rechtvaardigen is het arrest van 22 December 1882, W. 4859, waarbij de verklaring: »waarde naar genoegen genoten" als uitdrukking der oorzaak wordt aangenomen. Zoo ook Hof Leeuwarden in een arrest bevestigd door H. Raad 27 November 1884 W. n°. 5135, omdat de bijzondere overeenkomst niet behoeft vermeld te worden, maar eene algemeene vermelding der oorzaak voldoende is. Van het hier verdedigde gevoelen is ook LAND bl. 381 en III, 1. bl. 200 daar aangehaald. De vraag, of bij eene gewone schuldbekentenis de theorie der abstracte verbintenis in onze wet is gehuldigd werd laatstelijk naar aanleiding van een vonnis der Rechtbank te Alkmaar van 7 Juni 1894 W. n°. 6529 behandeld in W. v. h. R. n°. 6557 (Mengelwerk), 6560 (Correspondentie), 6562 (Mengelwerk).

Is de onderhandsche schuldbekentenis niet opgemaakt in den vorm door art. 1915 voorgeschreven, ontbreekt daaraan de eigenhandig geschreven goedkeuring en is ook de schuldbekentenis zelve niet van de hand des onderteekenaars, dan waren de »billets" volgens de déclaration de 1730 »de nul effet et valeur" met dit gevolg dat zij »ne pourront être exigibles soit par les porteurs, endosseurs, procureurs, cessionnaires ou autres". De déclaration de 1733 herhaalde die uitspraak voor de »billets causés pour valeur fournie en argent". Zij verklaarde ze »de nul effet et valeur" en als gevolg van het ontbreken van den voorgeschreven vorm en de daaraan verbonden nietigheid »le payement n'en pourra être ordonné en justice". Doch tegenover het beroep op het gebrek in den vorm kan de schuldeischer van den beweerden schuldenaar

de verklaring vorderen onder eede »qu'il n'en a point reçu la valeur" en van de erfgenamen »qu'ils n'ont aucune connaissance que les dits billets soient dus". Het was uit deze bepalingen, en bepaaldelijk uit de laatste, heel duidelijk, dat de onderh. schuldbekentenis, aan welke de voorgeschreven vorm ontbrak, niet uit zich zelve tot volledig bewijs kon dienen van eene verbindende verklaring. Maar daaruit volgde volstrekt niet dat die verklaring in 't geheel niet door het schrift bewezen werd. Integendeel! terwijl, naar de déclaration zij zelfs volledige bewijskracht behield, als de tegenpartij niet onder eede wilde verklaren geen waarde ontvangen te hebben, liet de Code, die de nietigheid van het stuk niet eens uitsprak, aan het stuk de kracht van begin van schriftelijk bewijs ten aanzien van het doel waarmede de verklaring werd afgelegd, m. a. w. ten aanzien van de vraag, of de verklaring met het doel om zich te verbinden afgelegd werd. Want even goed als wanneer de verklaring in een brief was afgelegd, had men hier toch een geschrift afkomstig van dengene tegen wien de vordering gedaan wordt en dat de daadzaak waarop men zich beroept waarschijnlijk maakt art. 1347, C. C. Wat alzoo in a. 1915 § 2 wordt bepaald is geheel in overeenstemming met het fransche recht, al bevat art. 1326 die bepaling niet. Zie MERLIN v. billet § 1 n°. III en TOULLIER ald. aangehaald. Geheel ten onrechte ziet ASSER § 876 daarin eene afwijking van het fransche wetboek en nog erger is zijne dwaling, wanneer hij meent, dat, naar art. 1326 C. C., niet alleen de akte maar zelfs de verbintenis nietig zou zijn, als de vereischte goedkeuring in de akte ontbrak.

Kan dus dit onderhandsche stuk een begin van bewijs opleveren, dan moet ook, daar ook die bewijskracht afhankelijk daarvan is, dat het stuk werkelijk afkomstig is van den onderteekenaar, de erkenning van de handteekening gevorderd kunnen worden en hij die zich op het stuk beroept, in geval van ontkenning, worden toegelaten de echtheid der handteekening te bewijzen. Zie MERLIN t. a. p.

Het mag niet onopgemerkt blijven, dat in art. 1915 § 2 het begin van schriftelijk bewijs in eenigszins anderen zin moet worden opgevat dan waarin die uitdrukking in art. 1908 § 2 voorkomt. In dit laatste artikel is het de zwakkere wijze, waarop de verklaring is afgelegd, daar zij in een bloot te kennen geven bestaat

niet in dadelijk verband met het onderwerp der akte, welke de ontheffing of de verbintenis, die daarin opgesloten ligt slechts waarschijnlijk maakt, hier is het het gebrek in den vorm van de akte, hetwelk het bewijs verzwakt, dat deze anders voor de kracht der afgelegde verklaring kon opleveren. Beide stukken kunnen overigens beantwoorden aan den eisch in art. 1939 gesteld, dat zij eene verklaring bevatten afkomstig van dengene tegen wien men zich daarop beroept. Er is daarom geen reden hier dien eisch niet te stellen, zooals in die gevallen, waar de wet kennelijk dien eisch, gelijk hij hier gesteld wordt, varen laat, als in art. 1926 n⁰. 3 en 4 en art. 1927. Zie blz. 176, 179, 182.

Indien er verschil in de cijfers bestaat wordt in den regel de minste som genomen. Art. 1916 had de woorden, »zelfs dan ook" enz. wel kunnen missen, die het uit art. 1327 C. C. naschreef. Eerder verdiende opzettelijke vermelding het geval, dat het lichaam van de akte met eene vreemde hand was geschreven, omdat voor dat geval eene aanleiding zou bestaan om te beslissen, dat het cijfer door den schuldenaar eigenhandig in de goedkeuring gesteld boven het andere moet gelden. Dit heeft men evenwel blijkbaar niet willen aannemen, als eens de som in de goedkeuring uitgedrukt grooter mocht zijn dan die in het lichaam der akte. Hoe nu de eenigszins vreemde redactie ontstaan is, kan men nagaan door te vergelijken Pothier n⁰. 745. Nauwkeuriger had de Wetgever Pothier weergegeven en de bepaling ware juister, indien niet zoo in het algemeen op den regel als uitzondering ware toegelaten: »à moins qu'il ne soit prouvé à quel côté soit l'erreur;" »ten ware men kunne bewijzen in welk van beide gedeelten van het stuk de misslag heeft plaats gehad;" maar indien de uitzondering ware toegelaten voor het geval dat de bedoelde misslag of dwaling uit het stuk zelf bleek. »Si la cause de la dette exprimée dans le corps de la promesse, fait connaître que la somme exprimée par le corps de la promesse est celle qui est véritablement due, il faudra décider autrement" zegt Pothier. »Par exemple" dus vervolgt hij, »si la promesse écrite de la main du débiteur porte: Je reconnais devoir à un tel la somme de 300 livres pour quinze aunes de drap de Pagnon qu'il m'a vendues et livrées, et qu'il soit constant que cette espèce de drap était du prix d'environ 20 livres l'aune, la pro-

messe vaudra pour 300 livres, quoiqu'il soit écrit: Bon pour 200 livres."

§ 108. ANDERE ONDERHANDSCHE GESCHRIFTEN.

Ook andere geschriften dan onderhandsche akten kunnen bewijs opleveren van hetgeen daarin is opgeteekend, al zijn zij niet in de eerste en voornaamste plaats met dat doel opgemaakt en al missen zij de onderteekening van dengene die ze opmaakte. Welke?

De wet noemt als zoodanige onderhandsche geschriften naast de onderhandsche akten: brieven, registers, huiselijke papieren (beter: huiselijke registers en papieren) en geeft als het aan alle deze geschriften met de onderhandsche akten gemeenschappelijk karakter aan, dat zij zonder tusschenkomst van een openbaren ambtenaar zijn opgemaakt. art. 1911, B. W.

Tot de niet bepaald genoemde geschriften (andere schriften" in art. 1911) behooren de op een titel gestelde aanteekeningen welker bewijskracht in art. 1920 wordt geregeld.

I. Brieven zijn onderhandsche geschriften, die, ofschoon zij niet in de eerste plaats worden opgemaakt om tot bewijs te strekken, toch daartoe dienstig kunnen zijn, wanneer zij mededeelingen of kennisgevingen van feiten inhouden waaraan rechtsgevolgen verbonden zijn, en voorstellen of antwoorden daarop bevatten die tot ontstaan, wijziging of tenietgaan van rechtsbetrekkingen kunnen leiden. De wet regelt noch hunnen vorm noch hunne bewijskracht in het alge meen. Is de eerste van het gebruik afhankelijk, de laatste zal in ieder bijzonder geval aan het oordeel des rechters zijn overgelaten. Wat van onderhandsche akten geldt zal ook hier kunnen worden toegepast. Eene bijzondere bepaling omtrent het bewijs door brieven bevat art. 10 K. ten aanzien van het brieven-kopyboek van den koopman. Brieven.

Noch vorm noch bewijskracht regelt de wet. Het spreekt van zelf dat wij hier alleen met brieven van bijzondere personen te maken hebben. Van de gevallen, waarin de wetgever elders van brieven gewaagt, kunnen ons hier geen licht geven die waarin van brieven van de overheid of van den magistraat sprake is, als: brieven van wettiging en meerderjarig-verklaring; evenmin die waarin van brie-

ven wel als middel van kennisgeving of mededeeling de rede is, maar die van openbare ambtenaren uitgaan, als die van den procureur-generaal bedoeld in art. 11 en 12 R. O. (wet 1874 n° 90,) noch die van den griffier, waarbij een schuldenaar wordt opgeroepen om over zijne faillietverklaring gehoord te worden, art. 6 wet o. h. faill., of schuldeischers worden opgeroepen om op het, in geval van surséance, aan de rechtbank ingediende verzoek te worden gehoord. art. 216 derzelfde wet. — Op brieven van bijzondere personen als hier bedoeld heeft de wetgever het oog, wanneer hij aan kooplieden de verplichting oplegt om de brieven, welke zij ontvangen te bewaren en van die welke zij afzenden een kopyboek te houden. art. 6 K. Het belang dat brieven kunnen hebben blijkt verder uit art. 99 W. o. h. faill., dat de brieven en telegrammen voor den gefailleerde bestemd door den curator wil geopend hebben; uit art. 654 K. dat den verzekerde de verplichting oplegt om, bij de mededeeling van door hem bekomen tijding omtrent een aan het schip overkomen ramp, kopyen of uittreksels te voegen van de brieven waarin die tijdingen vervat zijn. Zie ook art. 682 n° 4. In de wet van 1874 n° 95. (art. 1202 B. W.) wordt een bericht bij telegraaf of aangeteekenden BRIEF als behoorlijke kennisgeving aangemerkt van de vervreemding van het pand. Eindelijk wil de Wetgever dat ook van brieven worde gebruik gemaakt voor de oproeping van de crediteuren ter verificatie door den curator, art. 109 W. o. h. faillissement. — In art. 357 n° 1. W. v. K. komt brief in eene beteekenis voor waarmede wij hier niet te maken hebben. Met BRIEF van opdragt wordt daar toch de akte bedoeld welke den titel van aankomst inhoudt. Evenmin met wisselbrieven en orderbriefjes, bij welke handelspapieren het karakter van brief is opgegaan in het bijzonder karakter der verbintenis welke door middel van dit handelspapier werd aangegaan en de benaming alzoo niet dan eene historische beteekenis heeft.

De vorm van brieven wordt door het gebruik bepaald. Gewoonlijk zijn zij door dengene van wien zij komen onderteekend. De Wetgever heeft echter die onderteekening niet als vereischte willen stellen. Op het voorstel door eene der afd. van de Tweede Kamer gedaan om in art. 1911 van onderhandsche geteekende geschriften te spreken, antwoordde de Regeering: »Men kan aan dien wensch niet voldoen, omdat brieven, registers, huiselijke papieren enz. niet noodzakelijk

geteekend moeten zijn, en echter voorzeker in de termen van dit artikel vallen." VOORDUIN V. bl. 478. IV. Waarom zou een brief, welke inhoudt eene bestelling niet met den naam van den besteller mogen aanvangen, waardoor onderteekening vervalt, b. v. als volgt: M! N. N. verzoekt u toezending van .... tegen den prijs van ....? Bij briefkaarten zal althans, buiten den handel, dergelijke briefvorm niet ongewoon zijn. Ontbreekt de onderteekening dan moet het schrift van den afzender zijn; de onderteekening helpt de afkomst van het stuk bewijzen. Of een brief op een dicht gevouwen al of niet gesloten papier dan wel op een kaart geschreven zij, en of een of ander al of niet in een omslag gedaan zij, doet aan het karakter van het geschrift als brief niet af.

Brieven zullen wel vooral tot bewijs van een aangegane overeenkomst kunnen strekken en daarop wijst de bepaling van artikel 6 K. Zoo ook art. 99 W. o. h. faill., waaruit althans blijkt de onderstelling, dat daaruit licht kan opgaan over vermogensrechtelijke betrekkingen van den gefailleerde. Art. 654 K. en andere door mij aangehaalde wijzen er op dat ook de Wetgever de brieven als middel van kennisgeving tusschen de bijzondere personen erkent. Welke bewijskracht aan brieven in een bepaald geval toe te kennen is en wat er door bewezen wordt is aan het oordeel des Rechters overgelaten. Dat daaruit het bestaan van een eenzijdige verbintenis tot betaling van geld of vervangbare zaken niet kan worden bewezen, tenzij de bijzondere vorm van art. 1915 zij in acht genomen, zal wel even zeker zijn als dat uit de gevoerde correspondentie het volledig bewijs voor het sluiten van eene overeenkomst kan worden afgeleid even goed als uit eene onderhandsche akte, terwijl het ook niet twijfelachtig is, of een brief een begin van schriftelijk bewijs kan opleveren, al wordt in art. 1939 § 2 van geschreven akten in plaats van geschriften gesproken. C. C. a. 1347: acte par écrit coll°. art. 1949 W. 1830.

Wat de dagteekening betreft, zij heeft op zich zelve geen kracht, zelfs niet ten aanzien van dengene aan wien de brief is gericht; ook deze is hier zeker derde in den zin van art. 1917. Het postmerk kan, als het maar duidelijk is afgedrukt, tot het bestaan van den brief op dien dag doen besluiten; de poststempel zou alle elementen van eene authentieke akte in zich hebben als men bij deze niet aan een geschrift te denken had. De aanteekening van een brief ten postkantore geeft zekerheid van dagteekening in overeenstem-

ming met art. 1917, indien maar bewezen kan worden dat de aanteekening tot een bepaalden brief betrekking heeft. Wanneer art. 1202 B. W. een bericht bij aangeteekenden brief eene behoorlijke kennisgeving noemt, dan bedoelt het dat de pandhouder op die wijze zich kan kwijten van de verplichting om, uiterlijk den dag volgende op dien der vervreemding, van deze kennis te geven. Maar het zal daarbij toch wel moeten vaststaan dat de aangeteekende brief de bedoelde kennisgeving inhield, want dit kan de aanteekening onmogelijk bewijzen. Niet overbodig is voor het bewijs dat men uit de aanteekening van een brief putten kan, eene bepaling als van art. 67 ontw. van wet op het handelspapier van de Staats-Commissie van 1879.

»De kopyboeken van brieven richtig gehouden kunnen door den rechter als middel van bewijs worden aangenomen", zegt art. 10 K. Het richtig houden zal wel daarin bestaan, dat de kopyen in het boek zijn ingeschreven en dat dit geregeld heeft plaats gehad. Dat de bewijskracht van de omstandigheden moet afhangen ligt voor de hand. Want niet alleen dat de schrijver zich hier op eigen schrift beroept, maar de kopy behoort, zal zij iets bewijzen, met het oorspronkelijke overeen te stemmen. Hier wordt natuurlijk de ontstentenis van de oorspronkelijke brieven ondersteld. Worden de op de, in het kopyboek opgenomen, afgezonden brieven geschreven antwoorden overgelegd of die brieven waarop de in het kopyboek opgenomene tot antwoord hebben gestrekt, dan kan de bewijskracht versterkt worden doordien de een op den ander behoorlijk terugslaat.

Registers en papieren.

II. Huiselijke registers en papieren. De bewijskracht van deze onderhandsche geschriften bestaat daarin, dat zij geen bewijs opleveren ten voordeele van hem, die ze geschreven heeft. Zij leveren tegen hem bewijs op in twee gevallen: 1°. wanneer zij in stellige bewoordingen melding maken van eene ontvangene betaling, 2°. wanneer zij eene aanteekening inhouden, welke, volgens uitdrukkelijk daarbij gevoegde vermelding, heeft plaats gehad om te voorzien in de ontstentenis van een titel ten behoeve van dengene te wiens voordeele zij eene verbintenis inhouden. In andere gevallen slaat de rechter op de hier bedoelde geschriften zoodanig acht als hij zal vermeenen te behooren, daaraan echter alleen ten nadeele van dengene die ze geschreven heeft bewijsgronden ontleenende. Art. 1918, B. W. coll. art. 1331, C. C. en art. 1928, W. 1830.

Het schijnt wel, dat het den Wetgever wat vreemd in de ooren klonk, om van huiselijke registers te spreken. Zie ook art. 320 B. W. coll. art. 324 C. C. en art. 375 W. 1830. Het ligt toch voor de hand, dat de fransche wetgever, waar hij in art. 1331 van »registres et papiers domestiques" spreekt, dat bijvoegelijk naamwoord aan beide zelfstandige naamwoorden verbindt. De tegenstelling ligt immers duidelijk in registers als saamgebonden bladen papier, en papieren als losse bladen; niet daarin dat de laatsten bewijskracht zouden hebben, indien zij tot de categorie van de huiselijke behoorden, terwijl aan de eerste elk ander karakter zou kunnen toekomen; openbare registers kunnen hier toch onmogelijk bedoeld zijn. Dat onze wetgever niets anders bedoelde dan de Code, blijkt uit art. 1928 W. 1830. Let men verder op het bewijs, dat volgens dit artikel uit de genoemde stukken kan getrokken worden, dan blijkt dat ook voor beide de hoedanigheid van huiselijkheid ondersteld wordt.

Huiselijk heeft hier de beteekenis van: registers en papieren, welke aanteekeningen bevatten betreffende aangelegenheden van het huis: de familie en het huishouden in uitgebreiden zin, het beheer en bestuur van het vermogen daaronder begrepen.

Dat iemand zich zelven niet eenzijdig een bewijsstuk kan verschaffen voor een door hem beweerd recht ligt voor de hand. L. 7. C. de prob. IV. 19 acht dit terecht onbestaanbaar of, zooals het daar uitgedrukt wordt, »exemplo perniciosum". Even ongegrond als het is uit geschriften als hier bedoeld bewijs af te leiden ten voordeele van dengene die ze schreef, even gegrond kan het zijn daaraan bewijs tegen hem te ontleenen. En zeker is dit weinig twijfelachtig in de beide aangegeven gevallen. Wat het eerste geval betreft geeft Pothier als reden op: »car la libération est favorable". Deze meening moge ontleend zijn aan l. 47 de O. et A. 44,7, daaruit kan alleen maar afgeleid worden, dat men lichter tot het bestaan van een kwijting dan tot het bestaan van eene verbintenis mag besluiten en dat men uit aanteekeningen, als waarvan hier sprake, eer de juistheid van eene daarin vermelde kwijting, dan die van eene daarin vermelde verbintenis mag aannemen, maar er volgt nog niet uit, dat het bewijs van kwijting daaruit terecht afgeleid wordt. Wordt deze uit een gunstiger oogpunt beschouwd, de vraag is, of deze gunst verdiend zij. Meer afdoende zou ik het argument achten, dat nauw-

lijks eene reden denkbaar is, waarom de schuldeischer de kwijting zou hebben aangeteekend, als zij geen plaats had gehad. »On doit présumer qu'il y a ou une quittance donnée, ou que le débiteur s'est contenté de la mention faite par le créancier". LOCRÉ, t. XII, p. 399 n°. 198. Tusschen erfgenamen onderling kan dit bewijsmiddel vooral van belang zijn.

Wat men zich mag voorgesteld hebben met het tweede geval, zooals dit letterlijk in ons artikel 1918 beschreven wordt, is moeilijk te zeggen. Hoe men door dergelijke aanteekening een gebrek IN den titel zou aanvullen is niet duidelijk, althans niet, hoe dit als een niet al te ongewoon geval vermelding zou behoeven. De vertaling is gebrekkig: »suppléer LE défaut DE titre" is iets anders dan »EEN gebrek IN DEN titel aanvullen". Had de fransche wetgever van »le défaut DU titre" gesproken, zooals de woorden luiden in de toelichting van BIGOT-PRÉAMENEU en van JAUBERT (LOCRÉ t. XII. l. l. n°. 198 en p. 518, n°. 17) misschien had men nauwkeuriger vertaald, doch dat men den Code heeft willen volgen toont art. 1928 W. 1830 duidelijk aan. Zóó is het voorschrift volkomen gerechtvaardigd door hetgeen POTHIER er van zegt n°. 758. »Quoique je n'aie pas signé la note, si j'ai d'ailleurs déclaré ou fait connaître que je le faisais pour qu'elle servit de preuve du prêt dans le cas auquel je serais prévenu par la mort; comme lorsque j'ai déclaré par cette note que celui qui m'avait fait le prêt n'avait pas voulu recevoir de billet de moi; la note, dans ce cas, quoique non signée, doit faire une preuve de dette contre moi et mes héritiers". Vindt iemand de uitlegging van ons nederlandsch artikel, zooals ik die ook in den tekst opnam, wat vrij, hij beperke in zijne slavernij van de letter, n°. 2 van art. 1918 tot het daarin letterlijk beschreven geval en wachtte met de toepassing, totdat eens een gebrek in den titel op de hier bedoelde wijze zal blijken te zijn aangevuld, maar hij moet dan ook de bewijskracht tot de in de aanteekening gemaakte verbetering van den titel beperken. De slotbepaling van het artikel zal hem dan evenwel kunnen helpen om ook in het geval, in de woorden van den franschen Code uitgedrukt, tot hetzelfde resultaat te komen. Onze wetgever handelde niet in den geest van het fransche artikel toen hij die laatste zinsnede er bijvoegde. Want de fransche wetgever wilde door de opnoeming van de twee gevallen een einde maken aan den veelvuldigen strijd die over andere gevallen was gevoerd. (BIGOT-PRÉAMENEU l. c.). Toch acht ik de vrijheid des rechters, al is

daarmede de gelegenheid tot strijd geopend, te verkiezen boven zijne gebondenheid, die alle bewijskracht zou ontnemen aan geschriften, niettegenstaande daardoor eene oplossing van een bestaanden strijd tusschen partijen kan worden verkregen. Leveren de aanteekeningen in de twee aangegeven gevallen volledig bewijs op, zij kunnen in andere zoowel dit als een begin van bewijs bij geschrift opleveren. Immers zal de rechter daarop zoodanig acht slaan, als hij zal vermeenen te behooren.

In art. 1038 B. W. zal het bewijs door aanteekeningen van den bezwaarden erfgenaam, welke zich ook wel in huiselijke registers of papieren zullen bevinden, voor zoover zij in art. 1918 n°. 1 vallen, aan de beperking in den aanhef van het artikel aangegeven onderworpen zijn. Dat overigens de slotbepaling van art. 1918 hier toepasselijk is, zal wel niet twijfelachtig zijn. — Bij de wettige afstamming wordt op bewijs door huiselijke registers en papieren met name gewezen. art. 320 B. W. Zie § 110. bl. 179.

Ongeteekende aanteekeningen.

III. Ongeteekende aanteekeningen op titels. Tot de onderhandsche geschriften, die onder zekere omstandigheden bewijs opleveren, behooren ook aanteekeningen door een schuldeischer op een titel gesteld, wanneer zij eene verklaring inhouden die tot bevrijding strekt van den schuldenaar. De in zoodanige aanteekeningen vervatte verklaringen verdienen geloof en kunnen alzoo de bevrijding waarvan zij melding maken, bewijzen in twee gevallen: 1°. wanneer zij gesteld zijn door den schuldeischer op eene akte welke het bewijs van de verbintenis oplevert en die altijd in zijn bezit is gebleven; 2°. wanneer zij door den schuldeischer zijn gesteld op het dubbel van eene akte, welke de verbintenis inhoudt of op eene akte van kwijting, mits dat dubbel of die kwijting in het bezit zij van den schuldenaar. Het komt er in geen van beide gevallen op aan of de aanteekeningen door den schuldeischer onderteekend en of zij gedagteekend zijn. Art. 1920. B. W.

Deze bepaling, welke is overgenomen uit art. 1332 C. C., werd door den fr. wetgever kennelijk ontleend aan POTHIER n°. 760. In het eerste geval is POTHIER evenwel niet zooveel eischend als de wet. Hij kent aan de aanteekening bewijskracht toe, indien maar het stuk in het bezit des schuldeischers zij gebleven. Of dan de aanteekening met de hand des schuldeischers zelven gesteld zij,

doet volgens POTHIER niet af, »parce qu'il est plus que probable que le créancier n'aurait pas laissé écrire ces reçus sur le billet qui était en sa possession, si les payements ne lui avaient pas été fait réellement". Intusschen heeft de fr. wetgever een eerste ontwerp, dat den eisch van »eigenhandig" niet stelde, later opzettelijk daarmede aangevuld. Zou niet een derde buiten medeweten van den schuldeischer, in geval van ziekte bijv., de aanteekening hebben kunnen stellen?

Maar zal dan, zoo met eigen hand de aanteekening is geschreven, het vereischte dat de akte altijd in 't bezit des schuldeischers is gebleven, niet kunnen wegvallen? Neen, omdat de wet dien eisch uitdrukkelijk stelt. Zou niet het stuk met de aanteekening van bevrijding aan een derde ter invordering ter hand gesteld kunnen zijn en de betaling achterwege zijn gebleven? Wordt dan de bepaling evenwel niet vrij overbodig en voorziet niet art. 1918 1°. in 't zelfde geval? Neen, want een titel behoort niet onder de huiselijke registers of papieren; ook verliezen deze stukken hun eigenaardig karakter wanneer zij uit handen raken van dengene die ze voor zich zelven hield; zij zijn niet bestemd om afgegeven te worden. Een eigenhandige aanteekening, houdende bevrijding op zulk een stuk gesteld kan nauwelijks om eenige reden daarop gesteld zijn als de betaling niet had plaats gehad; op eene akte gesteld kan dit daarentegen in de verwachting van een betaling geschied zijn en daarom moet zoodanig stuk in handen van den schuldeischer gebleven zijn. Maar, al ware art. 1920 § 1 overbodig, zooals het gesteld is, dit geeft den uitlegger het recht niet om, ten einde die overbodigheid te voorkomen, een der uitdrukkelijk en opzettelijk gestelde eischen te doen vervallen of als niet geschreven te beschouwen. Bij de toelichting van art. 1331 § 1 werd èn door BIGOT-PRÉAMENEU èn door JAUBERT op beide vereischten gewezen. LOCRÉ, t. a. p. p. 400 n°. 199, p. 518 n°. 18.

Wat de in de tweede plaats vermelde ongeteekende aanteekeningen betreft, de reden harer bewijskracht geeft POTHIER n°. 761 dus aan: »Ces écritures feront pleine foi si elles sont de la main du créancier: ces quittances étant sur l'acte même qui renferme l'obligation, elles ont plus de force que des quittances non signées données sur une feuille volante. Il en est de même des quittances non signées écrites de la main du créancier, qui seraient à la suite d'une précédente quittance signée: mais si

les écritures sont d'une autre main que celle du créancier, n'étant point signées de lui, elles ne font aucune foi du paiement, ne devant pas être au pouvoir du débiteur de se procurer la libération de sa dette, en faisant écrire des reçus sur l'acte qui est en sa possession, par telle personne qu'il voudra".

Zoo volgt uit art. 1918 1°. dat de vermelding van eene ontvangen betaling in huiselijke registers of papieren bewijs oplevert tegen dengene, die ze geschreven heeft omdat geene andere reden voor die vermelding kan geacht worden te bestaan, dan dat werkelijk is betaald en ontvangen. Hetzelfde geldt, volgens art. 1920, voor aanteekeningen tot bevrijding door den schuldeischer gesteld op een titel, die altijd in zijne handen is gebleven, omdat ook dan geen andere reden dan werkelijke betaling daarvoor mag aangenomen worden, wat niet vast staat als in dit geval (aanteekening op een titel) beide omstandigheden niet samenloopen. Schreef de schuldeischer een quitantie zonder onderteekening op een los blad en bevindt dit stuk zich in handen van den schuldenaar, een geval dat de wet niet bespreekt, dan kan de schuldenaar daaraan geen bewijs ontleenen, »parcequ' il est d'usage que le créancier signe les quittances qu'il donne à son debiteur". POTHIER n°. 759. Zijn deze ongeteekende kwijtingen evenwel gesteld op de akte, die zich in 't bezit des schuldenaars bevindt of achter eene andere geteekende kwijting, dan is ook alweer nauwlijks eene andere reden voor de aldus gegeven kwijting te bedenken, dan dat de schuldeischer werkelijk heeft willen bevrijden. »Dans ces divers cas, qui pourrait se persuader, que le créancier n'eût pas réellement reçu ce qu'il a écrit de sa propre main avoir reçu? JAUBERT bij LOCRÉ XII. p. 518, n°. 18. Het verdient evenwel opmerking, dat de Code in art. 1332 § 2 de gedachte van POTHIER niet volkomen juist terug geeft. Het is niet de aanteekening op eene kwijting gesteld »à la suite d'une quittance" maar de ongeteekende aanteekening tot bevrijding gesteld op het dubbel van een titel achter eene daarop voorkomende onderteekende kwijting. Zooals de wetsbepaling luidt, behoeft die onderteekende kwitantie niet op den titel geplaatst te zijn, maar moet toch altijd de ongeteekende aanteekening tot bevrijding achter eene kwijting, d. i. eene behoorlijk onderteekende verklaring van ontvangen betaling, geplaatst zijn

Koopmansboeken. *a.* Bewijskracht in 't algemeen

IV. Koopmansboeken. In het algemeen leveren koopmansboeken bewijs op voor den koopman, die ze hield en ook tegen hem. Het laatste is eene toepassing van hetgeen ook omtrent andere geschriften: huiselijke registers en papieren, geldt; het eerste is eene uitzondering op den regel: „propria scriptura non probat pro scribente".

De regel: propria scriptura non probat pro scribente moge zoo juist en zoo redelijk schijnen, dat zij geen uitzondering moest toelaten, toch heeft het belang van den koophandel ook hier de noodzakelijkheid van afwijking doen kennen. Die behoefte des handels heeft zich reeds geopenbaard in de middeneeuwen. Reeds BALDUS leerde, dat het handelsgebruik die bewijskracht medebracht. Uit het R. R. werd zij door oudere rechtsgeleerden, als HEINECCIUS, Exercitatio de mercatorum rationibus et codicibus, ten onrechte afgeleid. Zie HOLTIUS Voorlezingen over handels- en zeerecht, I. bl. 74. Het ligt voor de hand, dat de uitzondering toch geen volstrekte kon zijn; niet dan onder zekere voorwaarden kon de bewijskracht worden toegekend of moest zij zelve eene beperkte zijn. En, werd zij eens op het gebied van den handel tusschen kooplieden toegelaten, daarom behoefde zij nog niet of niet in gelijke mate ten behoeve van kooplieden tegenover niet handeldrijvenden te gelden.

Zoo liet de fransche wetgever in art. 12 C. d. C. de bewijskracht van koopmansboeken tusschen kooplieden ten aanzien van handelsdaden vrij ruim toe. Zij vond alleen beperking in het oordeel des rechters, die in ieder bijzonder geval over de toelaatbaarheid van dit bewijsmiddel en over de mate van zijne kracht te beslissen had. art. 12, C°: »Les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commercants pour faits de commerce." Op het gebied van het gemeene recht daarentegen werd de regel: propria scriptura, op den voorgrond gesteld: art. 1329 C. C. luidde: »Les registres des marchands ne font point contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment". Uit deze laatste woorden, waarmede gewezen wordt op den aanvullingseed, mag in verband met de leer ontwikkeld door POTHIER des obl. n°. 753 v. v. worden afgeleid, dat de rechter de bevoegdheid heeft uit de boeken in dit geval een gedeeltelijk bewijs, eene waarschijnlijkheid af te leiden, die hij door den aanvullingseed tot volkomen rechtelijke

zekerheid mag doen brengen. Doch dan blijft toch altijd van 's rechters oordeel afhankelijk, of hij aan de boeken in een bepaald geval eenig bewijs toekennen wil. Hij zal altijd aan het »propria scriptura non probat" gedachtig moeten blijven en niets zal hem beletten, bijv. de leer van POTHIER te volgen als deze n°. 756 zegt: A l'égard des petits marchands qui ne sont pas du corps des marchands, mais des gens de la lie du peuple, BOICEAU pense que leurs livres ne doivent pas faire foi". Onze wetgever heeft het onderscheid in de bewijskracht tegen kooplieden en tegen niet-handeldrijvende personen behouden, maar in beide gevallen 's rechters oordeel aanmerkelijk beperkt door stellige voorwaarden voor te schrijven, waarvan, zoo in 't een als in 't ander geval, de bewijskracht afhankelijk is. In de bepaling van art. 1919 B. W. volgde de Wetgever, volgens ASSER § 879, het oud-vaderl. recht; inderdaad lijkt echter art. 10 K. veel meer op hetgeen onze oudholl. rechtsgeleerden hieromtrent leeren. Op art. 1919 schijnt daarenPOTHIER invloed te hebben gehad.

De bewijskracht van koopmansboeken wordt tegenover niet-handeldrijvende personen en ook tegenover kooplieden, wanneer het zaken buiten hunnen handel liggende betreft, door de bepaling van art. 1919 B. W., tusschen kooplieden, wegens zaken hunnen handel betreffende, door de bepaling van art. 10 K. geregeerd. *b. Tegenover wien?*

Vragen wij nu in de eerste plaats: tegen wie of in welke gevallen koopmansboeken bewijs opleveren, dan stuiten we al dadelijk op eene leemte die door interpretatie moet worden aangevuld, gelijk hierboven in den tekst wordt aangewezen. Immers art. 1919 spreekt van het bewijs tegen niet handeldrijvenden, art. 10 van: tusschen kooplieden wegens zaken hunnen handel betreffende. Welke zal de bewijskracht zijn tegenover den koopman wegens eene zaak zijn handel niet betreffende? Eene soortgelijke leemte bestond in de fr. wetgeving, waar art. 1329 C. C. sprak van bewijs tegen personnes non marchandes en art. 12 C. d. C. van het bewijs entre marchands pour faits de commerce; waar dus 't geval, dat de tegenpartij geen koopman was en het toch een daad van koophandel betrof, evenmin voorzien was. Had de fransche wetgever het entre marchands weggelaten en alleen van »faits de com-

merce" gesproken, hij zou meer overeenkomstig met de hoofdstrekking van den C. d. c. gehandeld hebben, en art. 12 ware dan eene duidelijke beperking van art. 1329 »contre les personnes non marchandes", want dan waren deze met het oog op daden van koophandel ook op dit punt aan de handelswet onderworpen. Onze wetgever verbeterde den C. d. c. niet door van: zaken hunnen handel betreffende te spreken. Naar onze wet is nu ook de toepassing van art. 10 uitgesloten als het wel geldt een handelsdaad maar 't bewijs tegen een niet-koopman geleverd moet worden. Doch ook het geval dat het bewijs tegen een koopman ten aanzien van een handelsdaad zijn handel niet betreffende geleverd moet worden, valt niet onder art. 10, doch kan, evenmin als wanneer het een koopman geldt die denzelfden handel niet drijft, onder de woorden van art. 1919 begrepen worden. Zal men in deze gevallen zeggen, dat, dewijl èn art. 1919 èn art. 10 uitzonderingen bevatten op den regel: »propria scriptura", en uitzonderingen voor analogische toepassing niet vatbaar zijn, dewijl altijd de regel in het voorbijgegaan geacht geval voorziet, nu de regel »propria scriptura" moet gelden en dus koopmansboeken in die niet voorziene gevallen in 't geheel geen bewijs opleveren? Ik geloof het niet. De regel »propria scriptura" wordt wel door den wetgever gehuldigd, maar alleen door dien hij hem soms toepast, in andere gevallen daarvan afwijkt. Een wettelijke bepaling is er niet van gemaakt. Die regel is dus geen wet, maar kan alleen tot verklaring van deze en gene wettelijke bepaling strekken. Wij hebben bij de regeling van de bewijskracht door koopmansboeken alzoo niet met eene uitzondering maar met eene bijzondere regeling te doen. De Wetgever heeft, en dit is de bijzondere regeling, aan koopmansboeken in het algemeen bewijskracht willen toekennen. Op het gebied van den handel evenwel op eene andere wijze dan op het daarbuiten liggend gebied. Het gebied van den handel is zeker een bijzonder gebied en de daarvan gegeven omschrijving in een bepaald geval is daarom voor uitbreiding min vatbaar. Wij vatten dus de bepaling van art. 10 in beperkten zin op, maar ten opzichte van de niet voorziene gevallen kan de voor het ruimer gebied geschreven bepaling, die daardoor uit zijn aard eene algemeene strekking heeft, veilig in ruimeren zin worden opgevat. En men doet toch zeer zeker de bepaling van art. 1919 geen geweld aan, wanneer men den koopman, met opzicht tot eene handeling

die niet betreft den handel tusschen hem en zijne tegenpartij, al geldt het eene daad van koophandel, in dat opzicht, alzoo betrekkelijk, tot de niet-handeldrijvenden brengt. Art. 1919 is dan m. i. toepasselijk op alle die gevallen waarin art. 10 niet voorziet. Verg. Kist, I bl. 94. 97. Anders Fockema Andreae in N. Bijdragen XXI, bl. 287.

De vereischten tot de bewijskracht van koopmansboeken naar art. 1919 B. W., in vergelijking met art. 10 K., zijn de volgende: *c. Vereischten.*

1°. Naar het B. W. moet het van elders bewezen zijn dat de koopman gewoon was aan de tegenpartij dergelijke leverancien op crediet te doen. Het W. v. K. eischt dat de handeling zelve, waarvan bijzondere bestanddeelen te bewijzen zijn, niet geheel ontkend of in het algemeen bewezen is.

2°. Naar beide bepalingen moeten de boeken richting gehouden zijn.

3°. Artikel 1919 eischt dat de koopman de gegrondheid zijner VORDERING onder eede bevestige, of dat de erfgenamen of de weduwe des koopmans onder eede verklaren „dat zij te goeder trouw gelooven dat de schuld bestaat en onvoldaan is". Art. 10 wil dat de BOEKEN des gevorderd beëedigd worden, ten ware zij door den dood mochten zijn bevestigd.

Ad 1um. Dat, wanneer vaststaat de gewoonte van den koopman om aan de tegenpartij soortgelijke leverancien te doen, als waartoe die waarover geschil is behoort, er voldoende waarschijnlijkheid bestaat dat het beweren des koopmans omtrent eene bepaalde leverancie niet uit de lucht is gegrepen en de schepping van eene schuld uit eigen schrift aan waarschijnlijkheid verliest, ligt voor de hand. Sterker is de waarschijnlijkheid ten aanzien van de bijzonderheden der handeling als die handeling zelve niet geheel ontkend of in 't algemeen bewezen is. Het vereischte van art. 1919 zou evenwel tusschen kooplieden min bruikbaar zijn en het vereischte van a. 10 daarom tegenover niet-handeldrijvenden te sterk, omdat van deze eerder dan van een koopman de geheele ontkenning der handeling zonder afdoenden grond te wachten schijnt. Het vereischte van art. 1919 stelt ook Pothier n°. 754, op gezag van Boiceau, kennelijk tegenover niet-handeldrijvenden. Het O. 1820 stelde, overeenkomstig 't oud vad. recht (verg. Voet ad. tit. de fid. instr. n°.

12) in art. 3328, den eisch van art. 10 K. zoowel tusschen kooplieden als tegen personen geen kooplieden zijnde.

»Van elders bewezen" in art. 1919 beteekent: buiten het boek, door bekentenis, brieven, ook door getuigen, zonder de beperking van art. 1933, vermits het niet geldt het bewijs van eene verbintenis of ontheffing van schuld, maar het bewijs van een ander feit, de gewoonte nl. van leveranciën te doen.

»De handeling niet geheel ontkend of het bestaan derzelve in het algemeen bewezen worde", zegt art. 10. Minder juist zeide het ontwerp 1820: de handeling niet ontkend en de leverancie in het algemeen bewezen worde, want wanneer de handeling wordt ontkend komt juist het leveren van bewijs te pas. Art. 10 zegt in den gewonen zin, »dat het bestaan bewezen worde," daar hier wel niet meer gevorderd zal worden dan dat het ontstaan der handeling, haar tot standkoming en daarmede het ontstaan van de beweerde verbintenis bewezen worde. Te eischen dat de leverancie bewezen worde zou kunnen doen denken dat van elders de gedane levering moet zijn bewezen zoodat het bewijs van de te leveren goederen niet uit het boek zou kunnen geput worden.

Ad 2um. Als de Wetgever in art. 10 van richtig gehouden koopmansboeken spreekt is dit een terugslag op de regelen, die in art. 6 voor het houden van het zoogenaamde dagboek zijn voorgeschreven en daarop moet ook art. 1919 doelen, als het voorschrijft dat de boeken overeenkomstig de bij het Wetb. v. K. voorgeschreven formaliteiten gehouden zijn. De bewijskracht is alleen, behalve aan het kopyboek van brieven in art. 10, aan het dagboek toegekend. De slotbepaling van art. 6 duidt echter aan dat ook andere boeken door den Wetgever worden erkend. Ik meen daaruit te moeten afleiden dat de richtigheid van het dagboek daardoor kan worden uitgemaakt. Dat bij het beoordeelen van dat »richtig houden" aan den rechter eene zekere mate van vrijheid in de beoordeeling moet worden toegekend, is het noodzakelijk gevolg van de aan alle kooplieden zonder onderscheid opgelegde verplichting (zie daartegen art. 10, Duitsch Handelswetb.) en dat onmogelijk, om eene enkele in de boeken voorkomende onregelmatigheid, ook waar die ten opzichte van de bestreden handeling niets afdoet, alle bewijskracht aan het boek kan worden ontzegd. Mocht men al dit laatste willen aannemen, dan zal in ieder geval, bij de

toepassing van art. 1919 § 3, de facultatieve beteekenis van het kunnen niet uit het oog moeten worden verloren.

Ofschoon art. 1919 alleen bepaalt, dat koopmansboeken niet richtig gehouden tot bewijs kunnen strekken tegen den koopman, en deze bepaling in het W. v. Kooph. niet wordt herhaald, lijdt het, dunkt mij, geen twijfel of zij is ook op de in art. 10 bedoelde handelszaken toepasselijk. Dat art. 1919 alleen er van spreekt, vindt weer zijne aanleiding in de navolging van POTHIER, die daarván handelt n⁰. 757, al wijst hij juist niet op niet richtig gehouden boeken. Dat trouwens ook richtig gehouden boeken tegen den koopman bewijs kunnen opleveren, kan men van POTHIER aldaar leeren. Het zal wel a fortiori uit de aan de boeken toegekende bewijskracht in 't voordeel van den koopman voortvloeien, en niet licht zal iemand op dit punt uit art. 1919 § 3 a contrario redeneeren. Voor de toepasselijkheid van die bepaling op het gebied van den handel kan nog een argument ontleend worden aan de in art. 13 K. gelegen onderstelling, dat iemand zich aan het boek der tegenpartij wil gedragen.

Ad 3um. Men verlieze niet uit het oog het onderscheid tusschen de beëediging van het boek, dat de waarachtigheid van het boek en dus zijne materieele richtigheid betreft, en die van de vordering. Dat de Wetgever die onderscheiding maakt blijkt zoo duidelijk uit de vergelijking van den tekst der bepalingen zelven, dat het door geen der vijf gronden, welke de Rechtbank te Amsterdam bij haar vonnis van 2 Mei 1856 (Regtsg. Bijblad 1856 bl. 309) voor het tegenovergesteld gevoelen wist aan te voeren, wordt weerlegd. Ook hier vinden we bij POTHIER n⁰. 753 en 755 de leer van het bezweren der vordering, »la vérité de la fourniture" en in het O. 1820: »mits de voormelde boeken door dengene die dezelve aangaan met eede of door den dood bevestigd zijn."

Uit dit onderscheid kan men verklaren, dat in art. 10 uitdrukkelijk het tegenbewijs wordt voorbehouden. Dit is toch van zelf overal toegelaten waar 't niet werd uitgesloten. Zie hierboven bl. 6. Wordt het nu zeker uitgesloten als de vordering bezworen is, de eed zou ook hier aan die uitsluiting kunnen doen denken, doch zij geldt juist niet, omdat de eed alleen tot bevestiging van het boek afgelegd werd. De beëediging der vordering is, naar art. 1919 een vereischte, de beëediging van het boek heeft slechts plaats »desgevorderd" d. w. z. als de tegenpartij dit vordert.

Heeft nu die beëediging van het boek plaats gehad en is dan de vordering door het aldus bezworen boek niet volledig bewezen, dan staat aan de opdracht van den aanvullingseed volgens art. 1977 v.v. in 't algemeen niets in den weg. — De dood wordt in art. 10 met den eed gelijk gesteld. Het was niet zoo vreemd, dat men in de Tweede Kamer die gelijkstelling niet begreep en het was zeker geen bevredigende inlichting, die de Regeering verstrekte door op te merken: »dat de woorden: door den dood bevestigd, bij de oude holl. wetgeving en de schrijvers over het recht eene zeer bekende, bepaalde en juiste beteekenis hebben". VOORDUIN VII. bl. 77. Zoo weet soms in 't gezellig verkeer de een of ander een vraag om opheldering met een: »Wèl, weet je dat niet, dat weet nu ieder"! te beantwoorden, dus eigen onwetendheid bedekkende, en tegelijk een ander om zijne onwetendheid beschaamd makende. Het is zoo, de oud-hollandsche schrijvers zeggen het ook, en zij hadden het van de Italianen geleerd: »mors cedit pro juramento, quoniam nemo creditur in peccato mori" (verg. HOLTIUS ad art.), maar op welken grond berust dat geloof? Men vergete niet dat VOET l. c. de bewijskracht van de boeken ook afhankelijk stelt van dezen eisch: »quoties mercator integrae famae et existimationis est". Als dat vast staat, dan kan men met het »mors cedit pro juramento" des noods vrede hebben. Maar die eisch, welken de fransche rechter nog kan laten gelden, omdat zijn oordeel over de bewijskracht der boeken veel vrijer is, is door onzen Wetgever niet gesteld. Durfde men daarnaar in onzen tijd niet vragen, of achtte men niemand (rechtens) bevoegd daarover te oordeelen? Wij schijnen dan wel ietwat angstvalliger te zijn dan de vaderen. Zijn wij dat werkelijk in den goeden zin?

Dat volgens art. 1919 de koopman de echtheid zijner vordering bezweren moet, is, dunkt mij, eene minder juiste althans minder gewone uitdrukking voor de gegrondheid der vordering, waaraan hier gedacht moet worden. Dat daarin ligt opgesloten niet alleen het ontstaan, maar ook het voortbestaan der verbintenis, waaruit de vordering voortspruit, wordt bevestigd door den eed aan de erfgenamen opgelegd, dat de schuld bestaat en onvoldaan is. Het ware, juridiek nauwkeurig gesproken, voldoende te zweren dat de schuld bestaat, maar het verwisselen van bestaan met ontstaan, gelijk de wet dit zelf doet in art. 10, kon het wenschelijk maken, dat de eed ook uitdrukkelijk van de niet-voldoening gewaagt. Men houde zich bij 't formuleeren van den eed aan de woorden

der wet. Waarom hier niet, in art. 2010 wèl, van de weduwe gesproken wordt, is niet duidelijk; dat de bepaling ook van haar moet gelden, niet minder. Van dezen eed z. g. jusjurandum credulitatis kan men zeggen: »valeat quantum possit" en dat ligt geheel in den geest van eene wetgeving, die allerminst eerbied voor den eed aan den dag legt. »Behoudens tegenbewijs" zegt art. 10. Dat tegenbewijs zal o. a. door de boeken van den koopman, die tegenpartij is, geleverd kunnen worden. Als dan het in het algemeen even geloofwaardig boek van den een met dat van den ander in strijd is, dan wordt de kracht van het door den eischer geleverd bewijs gebroken, en 't gevolg zal zijn: »Actore non probante reus absolvitur".

Wanneer de koopmansboeken aan de gestelde eischen voldoen, dan leveren zij het bewijs op: naar art. 1919 van de betwiste leverancie zelve, van hare hoedanigheid en hare hoeveelheid; naar art. 10, waarbij het bewijs der handeling zelve in het algemeen ondersteld wordt geleverd te zijn, van den tijd der handeling, den tijd der levering, de hoedanigheid en den prijs der goederen. *d. Wat bewijzen zij?*

Dat in de toekenning van bewijskracht met opzicht tot de hoedanigheid en hoeveelheid der leverranciën ook die met opzicht tot de handeling zelve begrepen is volgt, zoo 't al niet van zelf spreekt, uit de vergelijking van art. 1919 met art. 10, wat de toelichting bij Voorduin V. bl. 492 bevestigt. (Verg. echter ook Donker Curtius bij de discussie over art. 10, Voorduin VIII. bl. 74). Molengraaff, Leiddraad bl. 43 a. h. e. Toch is het punt betwistbaar en betwist. De H. Raad, besliste zelfs in tegenovergestelden zin, bij arr. 13 febr. 1866.

Daar van tijd en prijs in art. 1919 geen sprake is kan daarvan door het boek het bewijs niet geleverd worden. Toch is het bewijs van den tijd waarop de betwiste leverancie geschiedde reeds daarom van belang, dewijl het tijdstip daarvan vallen moet in den tijd dat de koopman gewoon was dergelijke leveranciën te doen. De prijs zal echter nagenoeg altijd van elders uitgemaakt moeten worden, voorzooverre hij n.l. niet uitdrukkelijk bedongen is maar partijen zich stilzwijgend aan den marktprijs of den voor dergelijke goederen vaststaanden prijs hebben willen houden. Zoo zal in art. 10 het bewijs van den prijs ook alleen dan door het boek geleverd wor-

den, als 't een uitdrukkelijk bedongen prijs geldt. Niet wanneer uitdrukkelijk of stilzwijgend naar den marktprijs is gehandeld; dan zou de afwijking van het »propria scriptura" inderdaad niet gerechtvaardigd zijn. Verg. DE WAL Handelsrecht I. bl. 68.

Aanm. Onder de koopmansboeken verdienen bijzondere vermelding de boeken der makelaars, wier aanteekeningen, uit het zakboekje in het dagboek overgebracht (Verg. DIEPHUIS Handb. I. bl. 109) bewijs opleveren tusschen partijen, alzoo, in een geding waarin de makelaar geen partij is, voor dengene wiens lasthebber hij geweest is, ten aanzien van de bijzonderheden eener handeling, niet ten aanzien van de handeling zelve, welke althans niet geheel ontkend (of in het algemeen bewezen) moet zijn, art. 68 K. Deze bewijskracht kon aan de boeken van makelaars worden toegekend omdat zij door het openbaar gezag zijn aangesteld en daarom ambtelijke tusschenpersonen kunnen genoemd worden. Zie MOLENGRAAFF Leiddraad, bl. 62. Over de bewijskracht der door den makelaar in zeeassurantiën af te geven nota, zie art. 681 n°. 1 K.

§ 109. AFSCHRIFTEN VAN AKTEN.

Bewijskracht van afschriften in 't algemeen.

Afschriften van akten hebben uit zich zelve geen bewijskracht. Zij kunnen die alleen hebben, indien zij met het oorspronkelijk stuk werkelijk overeenstemmen. Daarom kan, behoudens bijzondere in de wet voorkomende bepalingen, de overlegging van het oorspronkelijk stuk altijd gevorderd worden. Het bewijs wordt dan evenwel daaruit, niet uit het afschrift geput. art. 1925 B. W.

De kracht van schriftelijk bewijs is gelegen in de oorspronkelijke bewijsstukken zelve, zeide art. 3334 O. 1820, nauwkeuriger dan hetzelfde denkbeeld wordt weergegeven in a. 1925 § 1 dat, waar het van de kracht van een schriftelijk bewijs spreekt, had moeten zeggen dat de kracht van een schriftelijk bewijs, i. q. bewijsstuk, daarin gelegen is dat het een oorspronkelijk stuk is. Over de bewijskracht van afschriften handelende komt het mij nog beter voor op den voorgrond te stellen dat afschriften uit zich zelve geen bewijskracht hebben. Wanneer men toch een feit met eene akte bewijzen wil, dan beweert men dat dit feit heeft plaats gehad, dewijl een openbaar ambtenaar dit in eene akte verklaarde,

(authentieke akte) of eene partij, die de akte onderteekende, dit deed (onderh. akte). Welnu, die verklaring vindt men niet in een afschrift. Een afschrift bevat hoogstens de verklaring van den afschrijver dat dit of dat geschreven staat: de te bewijzen verklaring zelve is afgelegd in eene akte waarvan hij den inhoud teruggaf.

Nu zou men wel kunnen zeggen, dat wanneer een openbaar ambtenaar binnen den kring zijner bevoegdheid een afschrift van eene akte opmaakt en als met het oorspronkelijk stuk overeenstemmende afgeeft, deze overeenstemming op grond van de in het algemeen aangenomen geloofwaardigheid van den ambtenaar wordt aangenomen. Dan zou de bewijskracht van het oorspronkelijk stuk op het afschrift worden overgedragen. Behalve evenwel dat daarbij aan de geloofwaardigheid van den ambtenaar een gevolg zou toegekend worden dat daaruit niet noodzakelijk voortvloeit, omdat de ambtenaar bij 't geven van het afschrift niet certificeeren kan de echtheid van der partijen handteekening, zou men dan toch altijd het bewijs moeten vrijlaten dat die overeenstemming niet bestaat. En ging men dan aan het afschrift op grond van de verklaarde overeenstemming bewijs toekennen, het bewijs van het tegendeel zou niet anders dan een bewijs van valschheid van het afschrift in zich sluiten. Om dat bewijs toe te laten zou eene betichting van valschheid van het afschrift noodzakelijk worden. Daartoe zou hebben moeten leiden een voorschrift als in art. 3335 O. 1820 aangetroffen wordt. Onze wet onderstelt, bij beroep op een afschrift, de noodzakelijkheid van het bewijs der overeenstemming met het oorspronkelijk stuk en laat daarom altijd de vordering vrij dat het oorspronkelijk stuk vertoond worde. Hij volgde daarbij de leer van POTHIER n°. 765. »C'est par une règle commune »à toutes les copies, que, lorsque le titre original subsiste, elles ne »font foi que de qui se trouve dans le titre original; .... C'est »pourquoi il ne peut guère y avoir de question sur la foi que méritent »les copies, lorsque le titre original subsiste; car, si on doute de ce »qu'elles contiennent on peut avoir recours au titre original". Verg. Stukken van 1804 omtrent het bewijs, 4e hoofdst. in art. 38 v.v. Dan wordt eene onderscheiding als in art. 3337 j°. 3335 en 3336 O. 1820 gemaakt wordt, overbodig.

Toch komen er in onze wetgeving enkele afwijkingen voor. De eerste betreft de exploiten van deurwaarders, waarvan afschrift beteekend wordt. Dat afschrift, en het kan wel niet anders, geldt bij

dengene, die het ontvangen heeft als het oorspronkelijke stuk. Art. 1 § 2 B. R. spreekt wel alleen van de dagvaarding, maar het moet gelden van alle bij afschrift beteekende exploiten, gelijk dit ook werd begrepen door den Ontwerper 1865, B. I. tit. VIII. art. 2 en de toel. Zie Dl. II. bl. 20.

De tweede afwijking betreft de akten van den burgerlijken stand. Ik meen althans art. 24 B. W. dus te moeten verstaan, dat de uittreksels uit de registers, dat zijn de afschriften van de akten, geloof verdienen, zoodat zij bewijs opleveren van hetgeen daarin vermeld staat evenals het register of de oorspronkelijke akte zelve, onder voorwaarde, dat zij als overeenstemmende met de registers zijn afgegeven en dat zij zijn gelegaliseerd door den president der Arrondissementsrechtbank. Het werkelijk bestaan der overeenstemming wordt op de verklaring van den bevoegden ambtenaar als waarheid aangenomen. Zoo behouden die uittreksels bewijskracht totdat hunne valschheid beweerd wordt, m. a. w., totdat de niet-overeenstemming met de registers of de onechtheid van de handteekening des bewaarders of des presidents beweerd wordt. Zie BONNIER II p. 371 n°. 794; verg. DIEPHUIS I bl. 340.

Wanneer ik hier geen onderscheid maak tusschen uittreksels en afschriften, dan ligt dit hierin, dat een afschrift van eene akte van den b. st. een uittreksel uit het register is, maar dat, ook dan wanneer niet de geheele akte wordt afgeschreven, een uittreksel toch altijd een afschrift van een gedeelte, geen zakelijk uittreksel behoort te wezen. Al volgt men bij de akten v. d. b. st. een andere praktijk, het komt mij voor, dat bij zakelijke uittreksels de verklaring van g e l ij k l u i d e n d uittreksel eene onjuistheid inhoudt, dat de wet ook alleen van a f s c h r i f t e n (uittreksels) de bewijskracht regelt en dat de wet op het notarisambt deze opvatting bevestigt in art. 40: »moeten de uittreksels gelijkluidend zijn met de overgenomen gedeelten". Zie LEVYSSOHN NORMAN in Themis 2, IX bl. 675; XII, bl. 156. Anders DIEPHUIS I bl. 337.

Eene derde afwijking vindt men nog in de kracht aan afschriften toegekend in het geval van art. 187 B. R., waar het afschrift de plaats inneemt van het oorspronkelijk stuk, maar daarom ook met bijzondere waarborgen voor de gelijkluidendheid wordt vervaardigd. Overigens hebben de authentieke afschriften van authentieke akten

bepaaldelijk de voor eensluidend afgegeven afschriften van notarieele akten door den notaris, die ze opmaakt of bewaarde, uit zich zelven die kracht niet. Zij kunnen volgens art. 1926 n°. 2 alleen als volledig bewijs worden aangenomen, d. w. z., de rechter kan daaraan, in geval van geschil, volledig bewijs toekennen, maar ook alleen wanneer de oorspronkelijke titel niet meer aanwezig is. Zoo moeten notarieele akten onder den regel van art. 1925 vallen. Aan een verlangen in der tijd in eene afdeeling der Tweede Kamer geuit om te bepalen, dat, wanneer de minuut eener akte berust bij een notaris, de vertooning niet kan gevorderd worden, en dat in zoodanig geval de behoorlijk gecertificeerde en gelegaliseerde afschriften als minuut moeten gelden, is geen gevolg gegeven. Zie NOORDZIEK B. W. 1824/25. II. bl. 756.

Afschriften hebben eigenlijk alleen dan bewijskracht wanneer het oorspronkelijk stuk niet vertoond kan worden, doch altijd ligt zij in de overeenstemming van die afschriften met het oorspronkelijk stuk. Daarom hangt zij af van den meerderen of minderen waarborg, dien de samenstelling van het afschrift voor de waarschijnlijkheid der overeenstemming aanbiedt en bepaaldelijk daarvan, of het oorspronkelijk stuk een meer of minder verwijderde bron van het afschrift is. art. 1926 B. W.

Afhankelijk van ontstentenis van 't oorspronkelijk stuk.

In al de in art. 1926 opgenoemde gevallen wordt ondersteld »dat de oorspronkelijke titel, lees: akte, niet meer aanwezig is", blijkens den aanhef van het artikel. Het was daarom onnoodig in het geval van n°. 2 er nog weer bij te voegen: ingeval de oorspronkelijke akte verloren is geraakt". Het komt mij voor dat de gedachte des wetgevers juister wordt uitgedrukt door, met terugslag op het voorgaand artikel, te zeggen dat de akte niet vertoond kan worden. Men kan toch moeilijk aannemen, wat uit de woorden afgeleid zou kunnen worden, dat het niet meer aanwezig zijn, of wat hetzelfde is: het verloren gaan, door hem die beweert, dat het oorspronkelijk stuk er niet is, zou moeten bewezen worden, om met een afschrift als bewijs te worden toegelaten. Duidelijk is dat op de vordering van de tegenpartij om het oorspronkelijk stuk te vertoonen, wordt geantwoord: »het is er niet of het is niet ter plaatse, waar het behoorde te zijn, dus kan ik het niet vertoonen", waaruit dan moet volgen, dat het afschrift

overeenkomstig de in art. 1926 voorkomende onderscheidingen tot bewijs kan dienen.

In de verschillende no's van a. 1926 wordt aan afschriften een verschillende graad van bewijskracht toegekend. 1° volledig bewijs als dat van het oorspronkelijk stuk; 2° volledig bewijs naar de omstandigheden te beoordeelen door den rechter; 3° niet anders dan begin van schriftelijk bewijs, dat in verband met 4° wel moet beteekenen, dat die kracht dan ook aan de sub 3° bedoelde afschriften niet mag worden ontzegd en 4° begin van schriftelijk bewijs naar omstandigheden, natuurlijk ter beoordeeling van den rechter.

De gelijkstelling van de bewijskracht van het afschrift met die van het oorspronkelijk stuk kan, met opzicht tot de afschriften sub n°. 1 bedoeld, weinig bezwaar opleveren. Opmerking verdient, dat geen onderscheid gemaakt wordt tusschen eerste of latere grossen. (Verg. a. 43 Wet Notarisambt) Latere grossen worden volgens art. 840 B. R. op rechterlijk gezag en in tegenwoordigheid van partijen of deze behoorlijk opgeroepen afgegeven. Dat de eerste afschriften volledig bewijs opleveren als zoodanig, terwijl tot latere afschriften tegenwoordigheid van partijen gevorderd wordt, verklaart zich daaruit, dat de eerste afschriften spoedig na 't verlijden der akte worden afgegeven omdat zij de strekking hebben partijen tot titel te verstrekken. Ten aanzien van de afschriften, welke opgemaakt zijn in tegenwoordigheid van partijen en met hare goedkeuring, dient opgemerkt wat POTHIER zegt n° 769: »Elles tirent de la convention des parties cette autorité; car les parties, par leur présence, lorsque ces copies ont été tirées, sont tacitement convenues qu'elles tiendraient entre elles lieu d'original".

Onder n° 2 heeft men in verband met n° 1 drieërlei afschriften te onderscheiden: 1° zonder tusschenkomst van den rechter, 2° buiten toestemming van partijen, 3° na de uitgifte der grossen en eerste afschriften, opgemaakt. De waarborg ligt hier in den ambtenaar, van wien het afschrift afkomstig is. Maar waarom niet volledig bewijs op grond van de geloofwaardigheid van den ambtenaar? »Un notaire", zegt POTHIER n° 770 op gezag van DUMOULIN, »ne peut attester que ce qu'il voit et entend propriis sensibus, au temps qu'il l'atteste: or, au temps qu'il a fait cette copie il voyait seulement qu'il y avait un original; mais il ne me voyait pas le signer: il n'était point requis par moi d'attester qu'il y eût

un original en règle, véritablement signé de moi, sur lequel il a tiré la copie, puis qu'on la suppose tirée en mon absence; et par conséquent il n'a pas donné à cette copie la foi de l'original". Doch POTHIER nam dit op hetzelfde gezag van DUMOULIN alleen aan voor oude, minstens 30 of 40, in enkele gevallen ook 10 jaar oude afschriften, waaraan de bepaling van art. 1325 2° C. C. is te danken. Onze Wetgever meende de uit dit vereischte voortspruitende belemmering voor de rechtsbedeeling te moeten wegnemen en achtte het noodeloos nu hij het oordeel des rechters vrijliet. ASSER § 882. Zal nu de rechter op den ouderdom van de kopie niet hebben te letten maar alleen om andere redenen de volledige bewijskracht kunnen ontzeggen? Want de rechter mag toch niet eene belemmering in de rechtsbedeeling aanbrengen, welke de Wetgever heeft willen verwijderen? Ik antwoord: wanneer de wet de belemmering aanbrengt, is zij absoluut in de rechtsbedeeling aangebracht; meent de rechter in een bijzonder geval hetzelfde vereischte te moeten stellen, dan vloeit de belemmering uit de bijzondere omstandigheden van het bepaalde geval voort en kan dan geen belemmering in de rechtsbedeeling heeten, maar moet veeleer een waarborg voor eene goede rechtsbedeeling genoemd worden. Indien men nu al het bezwaar van DUMOULIN voor den tegenwoordigen tijd wat gezocht mocht vinden, dan blijft toch bezwaar in de mogelijkheid van collusie bestaan, die, hoe ouder de kopiën zijn, des te minder waarschijnlijk is. Cf. BONNIER t. a. p. n°. 799 II. p. 375.

Van afschriften onder n° 3 bedoeld, zal wel niet anders sprake kunnen zijn dan met opzicht tot die weinige notarieele akten, welke in originali worden afgegeven. (Art. 38 Not.) Anders kan, tengevolge van de bepalingen omtrent de bewaring der notarieele akten altijd een afschrift van den notaris, bewaarder der minuten, verkregen worden. artt. 61, 65, 69, Notarisambt.

Dat men sub 4° den grond van bewijskracht niet, op 't voorbeeld van den Code art. 1335, 4°, tot de simples renseignemens heeft teruggebracht, dewijl deze bewijskracht in 't burgerl. recht onbekend is, kan goedkeuring verdienen, maar om nu toch tot een minderen bewijsgraad te komen, werd het aannemen van de kracht van begin van schriftelijk bewijs voor den rechter facultatief gemaakt en daardoor het aannemen van dat begin van schriftelijk bewijs sub n° 3 verplicht. De vraag is of dit juist zij.

Onze wetgever had, op het stuk der afschriften in het geheel, meer vertrouwen in den rechter moeten stellen en hem eene vrijere beoordeeling moeten toekennen. Het ontwerp 1820 gaf een goed voorbeeld door in art. 3338 te bepalen: »Wanneer een oorspronkelijk geschrift verloren is gegaan of niet te berde gebracht kan worden, wordt aan den rechter overgelaten, welke kracht van bewijs dezelve aan authentieke kopyen bij het vorig artikel vermeld of aan de openbare registers en boeken waarvan in art. 3320 gesproken wordt, zal vermeenen te moeten hechten". Wilde hij omtrent afschriften van afschriften iets bepalen, art. 3340 van het ontwerp verdiende dan de voorkeur boven onze bepaling. Het luidt; »De kopyen van kopyen kunnen niets meer dan een grond van vermoeden opleveren, naar gelang der omstandigheden".

Immers, en dit geldt ook van 1926 n°. 3, waar de wetgever hier van een begin van schriftelijk bewijs spreekt, kan hij niet anders bedoelen dan dat de bedoelde afschriften het te bewijzen feit waarschijnlijk maken. Of toch deze afschriften zouden zijn: »geschreven akten voortgekomen van degenen die volgens die afschriften in het oorspronkelijk stuk als partijen en onderteekenaars vermeld worden, is de groote vraag en juist omdat daaromtrent geen voldoende zekerheid bestaat, zooals de wetgever dic bij de onder n°. 1 en 2 vermelde afschriften meende te kunnen aannemen, missen zij volledige bewijskracht.

De fransche wetgever onderscheidde tusschen de bewijskracht aan copiën van copiën toe te kennen, welke hij de kracht gaf van »simples renseignemens" en de overschrijving van eene akte in de openbare registers, welke niet dan onder zekere voorwaarden een begin van bewijs bij geschrift kon opleveren, art. 1335 n°. 4 en 1336 C. C. Onze wetgever wees duidelijker aan wat hij onder afschriften van afschriften verstaat door ze te noemen: »authentieke afschriften van anthentieke afschriften of van onderhandsche akten", en laat, gelijk ik reeds opmerkte, aan 't oordeel des rechters over om daaraan de kracht van begin van bewijs toe te kennen. Ook daartoe beperkt hij de kracht van de overschrijving van eene akte in de openbare registers, d. w. z. van het afschrift door overschrijving van de akte in de openbare registers gemaakt, maar laat de voorwaarden, waarvan die bewijskracht in den Code afhankelijk gesteld werd, weg. Nu zal de voorwaarde, dat het

oorspronkelijk stuk niet kan worden vertoond, zeker voor de akten in a. 1927 bedoeld, uit art. 1926 moeten worden aangevuld. De bijzondere voorwaarden in art. 1336 van den Code opgenomen, achtte men noodeloos wat niet in alles overtuigend is, als men overweegt op welken grond, die door POTHIER n°. 772 gestelde voorwaarden berusten, terwijl BOICEAU aarzelend aan de overschrijving eener akte de kracht van begin van bewijs toekent en daarop nog weder door DANTY bestreden wordt. BOICEAU, traité de la preuve par témoins, chap XI en DANTY in zijne aanteekeningen p. 265, 266. Zie ook BONNIER n°. 804. Daar men hier evenwel òf met authentieke afschriften van authentieke akten of met authentieke afschriften van onderhandsche akten te doen heeft, omdat de overschrijving in de openbare registers altijd door een openbaar ambtenaar geschiedt en derhalve dat afschrift een authentiek karakter heeft, had de Wetgever de geheele bepaling over de overschrijving in de openbare registers wel kunnen weglaten als vallende deze in art. 1926 n°. 4, en had hij in ieder geval, beter dan op de wijze waarop hij dit deed zich zelfstandig tegenover den Code te betoonen, de hierboven vermelde bepaling van art. 3338 O. 1820 overgenomen. Dan had hij meteen de vraag beslist, welker beantwoording thans nog de schrijvers verdeeld houdt, of onder overschrijving in de openbare registers ook de registratie begrepen is, zoo dikwijls natuurlijk als deze door overschrijving van de akte bewerkstelligd wordt. Wat onder den Code kon worden aangevoerd tegen de gelijkstelling van de registratie was het exceptioneel karakter van art. 1336, doch dit is bij ons door de gelijkstelling van de bewijskracht dezer overschrijvingen met die van andere authentieke afschriften van auth. afschriften en van onderh. akten vervallen. Valt de registratie niet onder art. 1927, dan valt zij onder 1926 n° 4; overschrijving in de openbare registers moge 't eerst aan de zoo dikwijls in 't B. W. vermelde overschrijving in de registers der hypotheekbewaarders doen denken, de ratio der bepaling ligt toch niet daarin, dat die registers voor 't publiek ter inzage liggen, maar in het karakter van openbaar ambtenaar, toekomende aan dengene, die met de overschrijving belast is. Daarom acht ik èn de registratie èn de overschrijving ter griffie van artt. 23 en 571 K. evenzeer in deze bepaling begrepen. Met het Ontwerp 1820 acht ik het ook daarom verkieslijk de bewijskracht der overschrijvingen aan het oordeel des rechters over te laten, omdat

hier zooveel van bijzondere omstandigheden kan afhangen en ook omdat die kracht van begin van bewijs, wederom wel op waarschijnlijkheid kan wijzen maar overigens de bepaling van begin van schriftelijk bewijs, in a. 1939 voorkomende, met opzicht tot de afkomst van het geschrift, hier niet opgaat, daar het afschrift zelf niet afkomstig is van dengene tegen wien men zich daarop beroept en die afkomst, omdat het geschrift van een ambtenaar afkomstig is, niet behoeft bewezen te worden.

Aanm. De wetgever zou ons aanleiding kunnen geven om nog in het bijzonder van de aan akten van erkentenis in tegenstelling van oorspronkelijke akten toegekende bewijskracht te spreken. Doch art. 1928 bepaalt daaromtrent wat wel van zelf spreekt. De bepaling is dan ook alleen te verklaren uit de vergelijking met art. 1337 C. C., hetwelk evenwel iets anders voorschrijft. Hoe kwam de fransche wetgever daartoe? Hij schreef POTHIER n°. 777 na, die DUMOULIN meende te volgen, maar hem verkeerd begreep of althans de meest beperkte kracht, die DUMOULIN aan de akten van erkentenis toekende, als de juiste opvatte. Want DUMOULIN erkent zelf ook de juistheid van den regel die nu in ons art. 1928 is opgenomen. MALEVILLE had de fransche bepaling reeds afgekeurd. TOULLIER toonde de dwaling van den franschen wetgever aan en daarmede heeft onze wetgever bij de herziening van 1833 zijn voordeel gedaan. Het wetb. van 1830 heeft nog de bepaling van art. 1337 C. C. Zie ook MARCADÉ op dit artikel en BONNIER II, p. 361.

§ 110. BEGIN VAN BEWIJS DOOR GESCHRIFTE.

Uit de door ons behandelde bepalingen der wet volgt, dat de wetgever hoofdzakelijk dit onderscheid in de bewijskracht van akten en geschriften aanneemt, dat zij òf volledige bewijskracht hebben òf alleen een begin van bewijs opleveren voor de daarin vermelde feiten. Dat begin van bewijs kan grond opleveren tot toelating van bewijs door getuigen in de gevallen waarin dit anders zou zijn uitgesloten, waardoor dan ook vermoedens worden toegelaten (art. 1959), of ook tot opdracht van den aanvullingseed (art. 1939 en 1978 B. W.).

Wat geeft begin van bewijs d. g.?

De volledige bewijskracht is in de meeste gevallen in dien zin

aan de akten toegekend, dat de rechter haar moet aannemen. In eene enkele bepaling wordt dit aan zijn oordeel overgelaten, art. 1926 n°. 2. Is die verplichting voor den rechter een gevolg van de aan partijen toekomende vrije beschikking over hunne rechten, ook daar, waar de wetgever 's rechters oordeel vrij laat, zal hij de volledige bewijskracht moeten aannemen, indien partijen aan eene akte die kracht verlangen toegekend te zien.

De kracht van begin van bewijs is door den rechter aan te nemen, indien de bij de wet daarvoor gestelde vereischten aanwezig zijn, of indien hij de uit de akte voortvloeiende waarschijnlijkheid aannemelijk vindt voor die gevallen waarin de wetgever de beoordeeling daarvan aan den rechter overlaat, welk laatste in art. 1926 n°. 4 voorkomt. Het verband van art. 1926 n°. 4 met n°. 3 brengt m. i. mede dat de rechter in de akten van art. 1926 n°. 3 begin van bewijs moet vinden en ook in art. 1927, hetwelk in dezelfde bewoordingen als n°. 3 is vervat. Waar 's rechters oordeel hieromtrent vrij is, kan hij niet door den overeenstemmenden wil van partijen gebonden worden, vermits de uitsluiting van het getuigenbewijs van openbare orde is en de al of niet toelating daarvan derhalve noch direct noch indirect van het goedvinden der partijen afhankelijk kan zijn.

Begin van bewijs leveren alle geschriften op, welke het te bewijzen feit waarschijnlijk maken en afkomstig zijn van hem tegen wien het bewijs te leveren is of van hem die door dezen wordt vertegenwoordigd. Art. 1939 § 2 B. W. — Ten aanzien van de wettige afstamming wordt begin van bewijs geleverd door familiebescheiden, door huiselijke registers en papieren van den vader of de moeder, of ook door authentieke of onderhandsche akten afkomstig van iemand die in het geschil betrokken is of nog in leven zijnde daarbij belang zou hebben gehad. Uit deze akten en geschriften kan in het bijzonder de waarschijnlijkheid der te bewijzen afstamming worden opgemaakt. Art. 320 B. W. *Wanneer aan te nemen.*

Voorts leveren begin van bewijs alle zoodanige geschriften waaraan die kracht in het bijzonder door de wet toegekend wordt, art. 1926 n°. 3 en 4, art. 1927 B. W.

De wet spreekt van »alle geschrevene akten" trouw vertalende het: »tout acte par écrit" van den Code, art. 1347. (art. 1949

§ 2 W. 1830). Duidelijk is, dat »akte" hier niet gebruikt wordt in den zin van een tot bewijs opgemaakt geschrift, maar dat, zal men niet aan een ergerlijk pleonasme denken, elk geschrift bedoeld moet zijn. Daarom sprak ik in den tekst van alle geschriften. Zij behoeven dus niet eens onderteekend te zijn, volgens arr. van het fr. Hof van Cassatie van 3 Dec. 1818 vermeld door Rivière c. s. in hunne uitg. der fr. wetboeken op art. 1347 C. C. Want ook uit andere omstandigheden dan uit onderteekening kan blijken dat het geschrift, eigenlijk de daarin opgenomen verklaring, afkomstig is van dengene tegen wien men zich daarop beroept.

Het zal wel geen betoog behoeven dat het beter is van »eene vordering instellen" dan »eene vordering doen" te spreken, maar nog beter hadde de wetgever gesproken van hem tegen wien het bewijs te leveren is, want dat is de bedoeling, en het »actori incumbit probatio" heeft kennelijk zijn invloed op de redactie van de bepaling gehad.

Het geschrift moet afkomstig zijn van dengene tegen wien bewijs moet geleverd worden of van dengene wien deze vertegenwoordigt; dat zal wel moeten beteekenen die in zijne rechten is opgevolgd hetzij dat het recht door vererving of onder bijzonderen titel overging. En daar we hier met eene uit het geschrift blijkende onvolkomene erkentenis te doen hebben, zal dan die vertegenwoordiger in zoodanige verhouding tot den vertegenwoordigde moeten staan dat hij aan de erkentenis van dezen laatste gebonden is. Zoo zal a fortiori een lastgever of een wettelijk vertegenwoordigde door den lasthebber of wettelijken vertegenwoordiger gebonden kunnen zijn. Daarom zou ik ook met Bonnier I n°. 168 p. 203, aannemen, dat de verklaringen door de praktizijns van partijen afgelegd bij eene door den rechter bevolene verschijning, een begin van bewijs kunnen opleveren.

Het begin van bewijs zal niet aan het geschrift ontleend kunnen worden indien niet blijkt dat het afkomstig is van dengene tegen wien men zich daarop beroept. Het zal als zoodanig aangenomen worden als deze zich daartegen niet verzet, maar anders moet van die afkomst bewijs geleverd worden, en staat daartoe bewijs door getuigen open, gelijk Bonnier n°. 168, p. 144 terecht beweert tegen Toullier.

Het vereischte dat het stuk moet afkomstig zijn van dengene

tegen wien men zich daarop beroept wordt slechts met wijziging toegepast, of ook wel niet gevorderd, bij het bewijs der wettige afstamming. Gewijzigd, in zoover het wordt afgeleid uit geschriften voortkomende van iemand »die in het geschil betrokken is of nog in leven zijnde daarbij belang zou hebben gehad". Want, al kan de mate van waarschijnlijkheid daardoor verschillen, het geschrift kan nu ook afkomstig zijn van den eischer, en degene die in 't geschil betrokken is behoeft niet een vertegenwoordiger te zijn van hem van wien het stuk voortkomt, het is voldoende dat deze in leven zijnde bij het geschil belang zou hebben gehad; belang dus daarbij, dat de persoon, wiens wettige afstamming het geldt, al dan niet als zoodanig erkend wordt. Wordt evenwel het begin van bewijs afgeleid uit geschriften afkomstig van dengene die in het geschil betrokken is, of, nog in leven zijnde daarbij belang zou hebben gehad, dan moeten dit zijn openbare of onderhandsche akten. Hier heeft akte kennelijk de beperkte beteekenis.

Bovendien kan het begin van bewijs worden ontleend aan familiebescheiden, »titres de famille", door wien die dan ook vervaardigd, van wien zij afkomstig mogen zijn, als zij maar als familiebescheiden kunnen worden aangemerkt en dit zal ook daarvan afhangen of de familie ze als zoodanig heeft beschouwd. Meer bepaaldelijk komen daarbij in aanmerking huiselijke registers en papieren van den vader of de moeder, aanteekeningen alzoo welke deze voor zich of voor hun gezin in registers gebracht of op losse bladen mochten hebben neergeschreven.

Dat de waarschijnlijkheid der betwiste wettige afstamming uit die onderscheiden stukken moet afgeleid kunnen worden leert art. 1939, want geen twijfel dat dit vereischte ook hier moet worden aangenomen. Daarin ligt immers de beteekenis van begin van bewijs en dan stemt ook de bepaling van a. 320 en hare strekking met de voorafgaande bepaling van art. 319 § 2 overeen.

Het ligt voor de hand dat de wetgever hier niet angstig vorderde stukken afkomstig van hem tegen wien men zich daarop beroept, als hij begin van bewijs in dit geval mogelijk wilde maken; ook behoeft het geen betoog dat het uit de vermelde stukken bij uitnemendheid voortvloeien kan. Vreemd is het niet dat men minder bezwaar in de hier voorkomende uitbreiding der geschriften kon zien. Immers het vereischte: »voortkomende van dengene tegen

wien", in a. 1939 uit C. C. a. 1347 overgenomen, werd niet altijd gevorderd. Ofschoon POTHIER dat vereischte noodzakelijk acht, vermeldt hij toch ook een arrest, hetwelk dit niet aannam en dit doen kon zonder in strijd te komen met de ordonnantie.

Dat het vereischte hier besproken ook in anderen zin dan dien art. 1939 aanwijst moet worden toegepast in de gevallen waarin art. 1926 en 1927 begin van bewijs toelaten, duidde ik vroeger aan. Zie boven bl. 144, 176, 179. Het is hier de plaats die meening nader te ontwikkelen.

Art. 1939 kan, wanneer het spreekt van geschriften voortgekomen van dengene tegen wien de vordering gedaan wordt, niet anders dan oorspronkelijke stukken bedoelen en dat »voortkomen" kan alleen worden aangenomen, als het vaststaat dat het stuk, als 't een onderhandsch stuk is, erkend is als geschreven of onderteekend door dengene tegen wien men zich daarop beroept. Wordt dit niet bewezen dan kan het niet gebruikt worden om de waarschijnlijkheid van het betwiste feit aan te toonen. Wanneer evenwel het oorspronkelijk stuk ontbreekt en er alleen afschriften daarvan kunnen worden voorgebracht, dan is het direct bewijs dat het oorspronkelijk stuk afkomstig is van dengene die in het afschrift als onderteekenaar vermeld staat, door dat afschrift niet te leveren. Toch neemt men dit als zeker aan in het geval van art. 1926 n°. 1 en laat den rechter toe het als zeker aan te nemen in het geval van art. 1926 n°. 2. Indien evenwel de waarborgen in n°. 1 en 2 vermeld ontbreken, dan wordt toch wel de afkomst van het stuk van de in het afschrift vermelde onderteekenaars aangenomen, maar dan kan het afschrift niet anders dan waarschijnlijk maken het feit dat de oorspronkelijke akte bestemd was te constateeren.

Wanneer wij hier met een afschrift van eene authentieke akte of met een authentiek afschrift van authentieke afschriften te doen hebben, dan kan de valschheid van het oorspronkelijk stuk onmogelijk beweerd worden op grond, dat degene die als onderteekenaar daarvan in het afschrift vermeld staat, dat stuk niet geteekend zou hebben; evenmin kan eene ontkenning of niet erkenning van het oorspronkelijk stuk plaats hebben en zoo het bewijs der echtheid gevorderd worden. Want het oorspronkelijk stuk is er niet, de echtheid der handteekening die daarop mag gestaan hebben is niet te controleeren. Alleen kan de valschheid van het afschrift bewezen worden, als aangetoond kan worden dat een oorspronkelijk stuk, als waarvan

het afschrift beweerd wordt een afschrift te zijn, onmogelijk afkomstig heeft kunnen zijn van dengene die de onderteekenaar of schrijver daarvan volgens het afschrift beweerd wordt te zijn.

De afwijking, die we hier alzoo aantreffen van de algemeene bepaling van art. 1939, bestaat niet zoozeer daarin dat het stuk, nl. het afschrift, niet afkomstig is van dengene tegen wien men zich daarop beroept, als zijnde het afschrift afkomstig van een ambtenaar, maar dat degene die het in het geding brengt niet te bewijzen heeft dat het geschrift, waarvan het zich als een afschrift of afschrift van afschrift voordoet, van de in het afschrift vermelde onderteekenaars afkomstig is. Dit wordt hier op grond van den authentieken vorm van het afschrift als waar aangenomen. De bewijskracht die dat afschrift heeft ten aanzien van het in het oorspronkelijk stuk geconstateerd feit is daarom echter geen volledige maar bestaat slechts in een begin van bewijs. Wil degene tegen wien men zich op het afschrift beroept dit begin van bewijs onbruikbaar maken, dan moet hij daarvan de valschheid bewijzen om langs dien weg het anders toegelaten getuigenbewijs uit te sluiten. Door BONNIER, n°. 799, p. 649 en n°. 805, p. 654 (ed. LARNAUDE) wordt er ook op gewezen dat art. 1335 n°. 2 § ult. en n°. 3 en art. 1336 eene uitzondering bevatten op het in art. 1347 gestelde vereischte dat de akte afkomstig moet zijn van hem tegen wien men zich daarop beroept, maar of hij dit beweert op gelijken grond en in gelijken zin als het hier door mij werd uiteengezet, is mij niet duidelijk. Ik zou eer het tegendeel meenen en dat hij veeleer de uitzondering daarin vindt dat het stuk van een ambtenaar, dus van een derde, afkomstig is. Dit is op zich zelf niet tegen te spreken, maar de kracht der hier gemaakte uitzondering ligt daarin niet.

Of eene verklaring in een strafgeding afgelegd en behoorlijk als van de partij afkomstig geconstateerd een begin van bewijs in geschrift kan opleveren dunkt mij met BONNIER t. a. p. niet twijfelachtig. De behandeling van het verhoor op feiten zal van zelf de gelegenheid geven tot het bespreken van de vraag of en hoever daaruit een begin van bewijs kan worden geput.

Naar aanleiding van hetgeen wij omtrent art. 1939, 320, 1908, 1915, 1926 en 1927 hebben opgemerkt, moeten wij ten aanzien van de beteekenis van »begin van bewijs door geschrift" aannemen dat

daaronder altijd wordt verstaan een geschrift dat het bestaan van een feit waarschijnlijk maakt. Die waarschijnlijkheid in tegenstelling van volledig bewijs berust dan òf daarop dat de verklaring in eene akte omtrent een feit afgelegd niet werd gedaan met het doel om het te constateeren tot het doen ontstaan of tot opheffing van eene verbintenis, dat dus de verklaring zelve te onbepaald geschiedde om haar voor het daaraan te verbinden rechtsgevolg voldoende te achten, zooals in art. 1908, waar men in den gedachtengang des wetgevers aan een begin van bewijs voor het rechtsgevolg van eene verklaring moet denken, òf dat de vorm waarin de verklaring werd afgelegd geen afdoende zekerheid voor hare waarheid aanbiedt (art. 1915 § 2), òf dat de in een geschrift voorkomende verklaring juist niet het betwiste feit zelf betreft maar een ander dat het betwiste feit waarschijnlijk maakt waarop art. 1939 ook kan slaan, terwijl in al deze gevallen het geschrift afkomstig moet zijn van dengene tegenover wien men zich daarop beroept, òf eindelijk dat dit laatste wordt aangenomen op grond van de wijze waarop een ambtenaar het feit langs indirecten weg constateerde en de waarschijnlijkheid van het feit evenals de zekerheid van de afkomst der daarin liggende verklaring op het getuigenis van den ambtenaar betreffende het afschrift berust.

M. a. w.: Een begin van bewijs en de daarin liggende waarschijnlijkheid wordt aangenomen op grond dat de inhoud der verklaring zwakker is, dewijl zij niet pertinent is, art. 1908; of op grond van een zwakkeren vorm dan die welke de wet voor volledig bewijs eischt (art. 1925 § 2). In deze gevallen moet evenwel vaststaan dat het geschrift afkomstig is van dengene tegen wien men zich daarop beroept. Dit vereischte vervalt omdat de wet de afkomst aanneemt, op grond van de omstandigheid dat het stuk, waarop het begin van bewijs is gegrond, van een openbaar ambtenaar afkomstig is. (artt. 1926 n°. 3, 4, 1927).

Nu kan evenwel eenzelfde geschrift tegelijkertijd in tweeërlei zin een begin van bewijs bij geschrifte opleveren. Wanneer in een akte een bloot te kennen geven voorkomt dat met het onderwerp der akte niet in onmiddellijk verband staat en er bestaat van die akte niet dan een afschrift door overschrijving in de openbare registers, dan zal daaruit een begin van bewijs met opzicht tot dat te kennen geven voortvloeien. Het afschrift zal dan het te kennen geven zelf, de afgelegde verklaring en deze als afkomstig van den

als onderteekenaar der akte aangewezen persoon, waarschijnlijk maken en dat dat te kennen geven de strekking heeft gehad om eene verbintenis of ontheffing te constateeren zal eveneens waarschijnlijk zijn. Het begin van bewijs zal hier dus leiden tot de waarschijnlijkheid van eene verklaring die waarschijnlijk ten doel heeft eene verbintenis of eene ontheffing te constateeren. En dan zal men door getuigen of vermoedens eerst het afleggen der verklaring tot zekerheid mogen brengen en, als het op die wijze zeker geworden is dat de verklaring werd afgelegd, zullen andermaal getuigen of vermoedens hare waarschijnlijke bedoeling tot zekerheid kunnen brengen. Of dat alles zoo heel logisch en of het ook practisch is, zou ik niet durven beweren. De fout zit daarin dat de wetgever te veel heeft willen regelen. Ook van hem geldt echter het »qui trop embrasse, mal étreint".

§ 111. KERFSTOKKEN.

Kerfstokken kunnen, wijl zij van plaats gehad hebbende handelingen de herinnering bewaren door teekens, met schrift gelijk gesteld worden en de plaats daarvan innemen. In dien zin zijn zij een soort van bewijs door geschrifte. Zij bewijzen meer bepaaldelijk de hoeveelheid van gedane leverantiën. Van een in tweeën gespleten stuk hout of stok heeft de verkooper de eene stok (bij de franschen: taille) de kooper de andere (bij de franschen: échantillon) in handen. Bij iedere leverancie wordt over de naast elkander gelegde stokken een kerf gemaakt. Bij afrekening worden die stokken weder naast elkander gelegd en de op beide overeenstemmende kerven geteld om 't aantal der gedane leverantiën te bepalen. Daarmede wordt, tusschen hen die gewoon zijn „op kerfstok" te koopen en te verkoopen, het aantal dier leverantiën bewezen. art. 1924 B.W. Verband met schriftel. bewijs.

Dat de wetgever in den titel van schriftelijk bewijs, dat men tot bewijs door teekens kan terugbrengen, van kerfstokken spreekt is niet vreemd. Zij hebben evenwel in onze wet, nu ze niet meer als in den Code in eene afzonderlijke § konden worden opgenomen, een wat vreemde plaats gekregen. Het ontwerp van 1820 bracht ze in art. 3329 met de koopmansboeken in verband. VOET laat, nadat hij in n°. 13 ad tit. D. de fide instr. 22, 4, de boeken van advocaten en andere had vermeld, waaraan op 't voorbeeld der

koopmansboeken bewijskracht wordt toegekend, aan 't slot dit volgen: »Notas quin etiam ligno diffisso incisas, cuius partem alteram venditor mercium minutim distractarum partem emtor tenet (quae kerf-stocken dicuntur) in his minutis eandem fidem facere, quam in maioris momenti mercibus scriptae mercatorum rationes, aequum est, dum notas tales scripturae vicem inter imperitos obtinere usu inductum".

Daaruit nam de ontwerper van 1820 wellicht aanleiding om met de kerfstokken, van »andere bijzondere aanteekeningen naar plaatselijk gebruik gemaakt" te spreken. »De kerfstokken en andere bijzondere aanteekeningen naar plaatselijk gebruik gemaakt, leveren een bewijs op tusschen personen die gewoon zijn om van de leverancien, welke zij in het klein gedaan en ontvangen hebben, door middel van dezelve te doen blijken" art. cit.

Onze wetgever heeft den Code volgende wat moeite gehad om eene goede vertaling te geven. Had hij 't Ontwerp gevolgd dan had hij zich kunnen ontslaan van de moeite om te spreken van kerfstokken met hun dubbel overeenkomende. Hoe men door middel van kerfstokken bewijs levert is kort en duidelijk aangegeven door POTHIER n°. 764.

TIT. II.

BEWIJSVOERING DOOR GESCHRIFT.

§ 112. OVERZICHT DER TOT DE BEWIJSVOERING BETREKKELIJKE GEDINGEN.

Tweeërlei is in hoofdzaak het onderwerp van de gedingen, waartoe het bewijs door geschriften aanleiding kan geven. Tweeërlei gedingen.

Zij kunnen betrekking hebben tot de bewijsvoering zelve en ontstaan dan uit het gebruik dat er van geschriften tot het leveren van bewijs wordt gemaakt.

Zij kunnen ook hunne aanleiding vinden in de behoefte om zich een schriftelijk bewijsmiddel te verschaffen en hebben dan betrekking tot het behouden, bewaren of bekomen van een geschrift dat tot bewijs dienen kan.

De gedingen van de eerste categorie zullen meerendeels als incidenten in een ander geding voorkomen. Doch ook bij die van de tweede categorie kan dit plaats hebben.

Het leveren van bewijs door geschriften kan op zeer eenvoudige wijze geschieden. Volgens art. 133 moet de aanlegger bij het exploit van dagvaarding afschrift overleggen van de stukken waarop de eisch gegrond is. De verweerder legt bij zijne conclusie van antwoord afschrift over van de stukken, van welke hij zich te zijner verdediging wil bedienen, art. 139; in zaken van gewone behandeling doet de verweerder aanbod van afschrift der stukken, waarop zijne verwering gegrond is, bij de beteekening van het antwoord, en desgelijks de eischer bij zijne repliek. Doch ook bij eene afzonderlijke beteekening of bij de behandeling der zaak ter terechtzitting kunnen stukken tot staving van eisch of verwering door overgifte van afschrift in het geding gebracht worden, zoolang de daartoe bekwame tijd niet verstreken is. Het niet voldoen aan gemelde voorschriften der wet kan alleen tot niet vergelden der kosten aanleiding geven, gelijk dit nader bepaald wordt in art. 133, een voorschrift dat ook wel op de andere voorschriften be-

treffende de stukken toegepast zal mogen worden. Stelt nu de tegenpartij zich met die afschriften tevreden, worden die afschriften door partijen tot grondslag van hunne beweringen gemaakt, dan loopt de bewijsvoering door geschriften zonder eenig incident, zonder eenige verwikkeling in het geding te brengen, af. Geen ander bewijsmiddel, behalve de zuivere bekentenis, baart dan zoo weinig omslag als dit.

Intusschen behoeft de tegenpartij zich niet met een afschrift der tegen haar gebruikt wordende stukken te vergenoegen. Gelijk wij gezien hebben kan, dewijl het bewijs in de oorspronkelijke akte gelegen is, de overlegging daarvan altijd gevorderd worden. Geschiedt dit dan ontstaat een incident, dat als het vragen van mededeeling van stukken in de praktijk bekend is en door de wet in art. 148—150 wordt geregeld. Grooter wordt de verwikkeling als de valschheid van een stuk beweerd of de echtheid daarvan ontkend wordt. Incident op incident kan zich daarbij voordoen, gelijk uit de lezing alleen van de vijfde afdeeling van tit. III voldoende blijkt.

Om door geschrift bewijs te leveren moet men in het bezit zijn van het stuk waaruit men het bewijs wil putten, dit althans voor den rechter kunnen brengen en het bewijsstuk moet in dien toestand zijn dat het geraadpleegd kunne worden, rekenschap kunne geven van zijnen inhoud. Meer dan een middel hebben betrekking tot het mogelijk maken van de bewijsvoering met het oog op deze omstandigheden. Eene logische behandeling van het onderwerp eischt dat wij ons in de eerste plaats met deze laatste bezig houden. Zoo zullen in de volgende §§ van dezen titel over de b e w ij s v o e r i n g d o o r g e s c h r i f t, achtereenvolgens in behandeling komen:

§ 113. Behoud, bewaring en bekoming van schriftelijke bewijsstukken, waaronder ook de dwanguitgifte van akten, ofschoon in enkele van de hier behandelde gevallen de bewijsvoering zelve meer op den voorgrond komt, in zoover als van het rechtsmiddel alleen in een aanhangig geding kan worden gebruik gemaakt.

§ 114. Mededeeling van stukken.

§ 115. Onderzoek naar de echtheid van stukken, waarbij in 't bijzonder en daarom in afzonderlijke §§ te behandelen zijn:

§ 116. Voorbereidende procedure;
§ 117. Vonnis bevelende het onderzoek;
§ 118. Het onderzoek;
§ 119. Geding na het onderzoek.
§ 120. Onderzoek naar de echtheid als voorwerp van eene hoofdvordering.

Kan men van de bewijsvoering in het algemeen zeggen dat zij tot incidenten in het proces aanleiding geeft en hebben wij daarom de behandeling van het bewijs en de bewijsvoering met die der incidenten in verband gebracht, dit verhindert ons niet om alle in de wet geregelde of vooronderstelde gedingen, welke tot het bewijs, hier bepaaldelijk het schriftelijk bewijs, betrekking hebben, hier te bespreken. Verg. artt. 1921, 1922 B. W., art. 11, 387 K., artt. 838 vv. B. R.

§ 113. BEHOUD, BEWARING EN BEKOMING VAN SCHRIFTELIJKE BEWIJSSTUKKEN.

I. Vordering tot vernieuwing van een titel. Behoud.
De eigenaar van een titel kan daarvan op zijne kosten de vernieuwing vorderen, indien het schrift door ouderdom of door eenige andere oorzaak onleesbaar wordt. Art. 1921 B. W.

Het belang dat een schriftelijk bewijsstuk heeft voor de bewaring en handhaving van het recht dat daarbij werd geconstateerd, maakt de zorg voor het behoud van zoodanig stuk tot een der plichten van een goed huisvader. Waar evenwel die zorg te kort schiet en het schrift door ouderdom onleesbaar wordt of toeval en zelfs onachtzaamheid het aan een vroegtijdig bederf blootstelde met gelijk gevolg, moet de rechthebbende in de gelegenheid zijn een nieuwen titel te bekomen en bestaat er geen geldige reden voor hem wiens verplichting door het stuk bewezen zou worden, om niet tot vernieuwing van den titel mede te werken, mits de kosten worden gedragen door hem die de vernieuwing verlangt. Ofschoon in den C. C. eene bepaling als ons art. 1921 niet voorkomt, werd bij de beraadslagingen door Lehon de in art. 1921 toegekende bevoegdheid terecht genoemd »une autorisation commandée par la nature même des choses". (Noordziek Geschiedenis B. W. 1824—1825 I bl. 155). Hij zag ook zeer goed in »qu'elle ne remplace pas suffisamment celle de l'art. 2263 § 2 C. C." Want min juist zegt Mr. C. Asser, Verge-

lijking, § 880, dat dit laatste voorschrift algemeen zou zijn gemaakt. Immers het geval in art. 2263 § 2 is onder deze bepaling niet te brengen en het dáár aan den schuldeischer toegekend recht vloeit zoo weinig uit den aard der zaak voort dat het met de bepaling van art. 2263 § 2 is vervallen. (Verg. DIEPHUIS II bl. 443 en over de beteekenis van gemeld artikel van den Code mijne opmerkingen in de N. Bijdr. v. Regtsg. V. (1855) bl. 624 vv.)

Waarin zal de vernieuwing van den titel bestaan? Een afschrift van het oude stuk zal niet voldoende zijn. De nieuwe titel zal dezelfde kracht moeten hebben als de oude. Het zal moeten worden eene akte van erkentenis, waarin de inhoud van den ouden titel wordt teruggegeven zóódat daardoor de oorspronkelijke titel overbodig wordt (art. 1928). Tot het opmaken van dien nieuwen titel zullen toch al licht erfgenamen of rechtverkrijgenden van de oorspronkelijke partijen moeten medewerken.

Wij hebben hier met eene persoonlijke vordering te doen, het geldt de nakoming van eene »uit de wet alleen" ontstaande verbintenis; als van onbepaalde waarde zal zij niet tot de rechtsmacht des kantonrechters behooren, maar bij de arrondissements-rechtbank en wel bij die van de woonplaats des verweerders moeten worden ingesteld.

Dit alles levert minder bezwaar op dan de vraag, hoe de eischer aan een nieuwen titel zal komen, wanneer de tegenpartij hare medewerking daartoe weigert, wat ondersteld mag worden, indien het tot eene vordering komt. De uitdrukkelijke toekenning van de vordering zal wel kunnen strekken om een geding te voorkomen, maar voor het geval dat de tegenpartij weigert, komt het mij met DIEPHUIS t. a. p. niet ongepast voor dat, wanneer eene rechterlijke uitspraak noodig wordt, hierbij de inhoud van den titel wordt vastgesteld met veroordeeling der tegenpartij om tot het opmaken van een nieuwen mede te werken, en met bepaling dat bij gebreke hiervan het vonnis den eischer tot titel dienen zal. De bepaling is kennelijk ontleend aan art. 3347 O. 1820. »Ieder belanghebbende kan van den regter de vernieuwing verzoeken van een geschrift hetwelk door ouderdom of andere oorzaken onleesbaar wordt, of gevaar loopt te bederven" *).

*) In de Wetten omtrent het bewijs van 1804 bevat het IVde hoofdstuk »van bewijzen door brieven" de volgende bepalingen: art. 44. Ieder belanghebbende kan aan den Regter vernieuwing verzoeken van een bewijsstuk, door oudheid des tijds of andere oorzaken onleesbaar geworden. art. 45. Een behoorlijk vernieuwd stuk heeft de kracht van 't oorspronkelijke.

Aan de door haar algemeenheid wat onbepaalde toekenning van de bevoegdheid aan »ieder belanghebbende" en om de vernieuwing te vragen van »een geschrift" werd tegemoet gekomen door eene meer bepaalde redactie. Het aan den rechter te richten verzoek gaf dezen ruimte om naar omstandigheden daarop te beschikken. Maar de medewerking van den rechter tot de vernieuwing van het stuk wordt niet onduidelijk ondersteld en daardoor zou, naar die bepaling, de oplossing welke DIEPHUIS t. a. p. van de straks vermelde zwarigheid voorstelt, nog eerder kunnen worden aangenomen.

Tot samenstelling van den nieuwen titel, kan, ingeval van onleesbaarheid, een bericht van deskundigen te pas komen dat zeker tot opheldering van het onduidelijk geworden schrift zal kunnen leiden, als men het onderzoek maar niet bij voorkeur aan meesters in de schrijfkunst opdraagt.

II. Bewaring van gemeene titels. Bewaren.

Indien een titel gemeen is tusschen verscheiden personen, is ieder van hen bevoegd te vorderen dat die op een derde plaats in bewaring worde gebracht. Art. 1922 B. W.

De papieren en bewijzen van eigendom, die betrekking hebben op een aan meer erfgenamen toebedeeld goed, verblijven bij dengene, aan wien het voornaamste gedeelte van zoodanig goed is toegescheiden. Art. 1127 § 2 B. W.

De algemeene boedelpapieren blijven in bewaring van hem dien de meerderheid der erfgenamen, of, in geval van verschil, de kantonrechter daartoe benoemd heeft. Art. 1128 B. W.

Bij de scheiding van den boedel eener ontbonden vennootschap, blijven de boeken en papieren daartoe behoorende, indien er geene andere bepalingen gemaakt zijn, berusten onder dien vennoot, welke daartoe bij meerderheid van stemmen, of bij staking door de arrondissements-rechtbank, verkozen wordt. Art. 35 en 56 § 2 K.

Wanneer geschriften zijn opgemaakt met het doel om de daarin vermelde feiten te kunnen bewijzen of ook om de herinnering daaraan te bewaren en zij alzoo voor het beoordeelen van rechtsbetrekkingen belang kunnen hebben, dan vloeit daaruit van zelf voort het belang om die geschriften te bewaren. Dit is echter de zaak van hem aan

wien die geschriften toekomen. De wetgever had zich daarmede niet te bemoeien dan voorzoover er meer rechthebbenden mogen zijn. Zij moeten dan voor allen, doch kunnen feitelijk slechts door één bewaard worden.

In de in 't bijzonder door de wet geregelde gevallen, die in artt. 1127 § 2, 1128 B. W. en art. 35 en 56 K. vermeld worden, is er geen dadelijke aanleiding voor een geding. Aan het verschil van gevoelen dat zich naar art. 1128 en naar art. 35 en 56 K. openbaren kan over den te benoemen bewaarder, kan door den kantonrechter of de arrond. rechtbank op een daartoe door belanghebbenden gedaan verzoek, bij maatregel van vrijwillige rechtspraak, een einde worden gemaakt.

Alleen buiten die gevallen zal art. 1922 in toepassing komen en zal de daar toegekende bevoegdheid tot eene vordering kunnen aanleiding geven, welke bij de arrond. rechtbank van de woonplaats des verweerders zal moeten worden aangebracht.

Dat die bewaring moet strekken om aan alle rechthebbenden den vrijen toegang tot de gemeene stukken te verzekeren en dat dien ten gevolge de bewaarder daartoe en ook tot het nemen van afschrift gelegenheid moet verschaffen, wordt terecht betoogd door A. F. Blommesteyn, over de artt. 1922 en 1923 B. W. Acad. proefschr. Leiden 1885 bl. 50.

Dat in art. 1922 en 1923 onder aan partijen gemeene stukken of titels zoodanige zijn te verstaan welke aan partijen gezamenlijk in eigendom toebehooren volgt èn uit de woorden èn uit de geschiedenis dezer bepalingen. Die opvatting van de artt. is door de schrijvers en in de jurisprudentie, ook die van den H. Raad, vrij algemeen aangenomen. Zie deze vermeld bij Ligtenberg Acad. proefschr. over de exhibitieplicht in het nederlandsche recht, Leiden 1893, bl. 69. Dat de in art. 1128 genoemde »algemeene boedelpapieren", in art. 842 C. C.: »titres communs à toute l'hérédité", evenals »de boeken en papieren tot de gescheiden vennootschap behoord hebbende" van art. 35 K., niet tot de gemeene titels en stukken van art. 1922 zouden behooren, beweert ten onrechte Mr. Ligtenberg t. a. p. Zij behoorden aan de vennootschap of aan den erflater; wat dezen behoorde wordt gemeen tusschen de vennooten of de erfgenamen. De onverdeelbaarheid doet ze aan een hunner toewijzen die ze voor allen gelijkelijk beschikbaar houdt.

Die bewaring van stukken aan anderen toebehoorende of mede-

toebehoorende kan evenwel grond geven tot vorderingen die in 't algemeen strekken om de noodige bewijsstukken te bekomen. Zie art. 1923 B. W.

III. Bekoming van onder een derde berustende bewijsstukken. Om een geschrift in rechte als bewijs te kunnen overleggen, moet men dit onder zich hebben.

Bekomen van een bewijsstuk dat zich onder een derde bevindt.

Hij die beweert eigenaar te zijn van een titel die zich onder een derde bevindt kan dien als iedere andere roerende zaak opvorderen.

Is hij medeeigenaar, hij kan de inbewaringstelling daarvan vorderen (a. 1922), en staat hij in een geding tegenover zijn medeeigenaar dan kan hij van dezen de overlegging van het gemeene stuk vorderen. Art. 1923 B. W.

Dit laatste geldt, ook buiten een aanhangig geding, in het bijzonder van „koopmansboeken, balansen en verdere daartoe betrekkelijke papieren" waarvan de overlegging van een medeeigenaar, medevennoot of medeerfgenaam kan gevorderd worden.

Ook zijn factoors of bewindvoerders tot die overlegging gehouden jegens degenen die hen hebben aangesteld en de curators in een faillissement jegens de crediteuren. Art. 11 W. v. K. De boekhouder eener reederij is verplicht, na het eindigen van elke reis, aan elk der medereeders, op zijne vordering, kennis en opening te geven van alle zaken en omstandigheden, het schip, de reis en de uitrusting betreffende, mitsgaders inzage van alle boeken, brieven en papieren, en al hetgeen tot zijn beheer behoort. Art. 337 K. Zie ook art. 387 K.

Voorts zijn de notarissen of andere houders van minuten of akten verplicht om, tegen betaling der kosten, daarvan afschrift uit te reiken aan hen die bij die akten onmiddellijk belanghebbenden zijn en aan de erfgenamen of rechtverkrijgenden van dezen. Art. 839—843.

Makelaars zijn verplicht aan de partijen, tusschen welke zij eene overeenkomst tot stand brachten, uittreksels uit hun boek te geven bevattende al hetgeen zij daarin betrekkelijk die overeenkomst hebben aangeteekend. Art. 67 K.

Voorts moeten de makelaars, waar door hunne tusschenkomst eene verzekering is gesloten, de geteekende polis uitleveren aan den verzekerde, art. 250 K., en in het bijzonder bij zeeassurantie eene nota, nader omschreven in art. 681 n°. 1 K., en, zoo dikwijls

eene der partijen dit vordert, voor waar geteekende afschriften der polissen, berichten, brieven en aanteekeningen die zij in hunne registers hebben moeten opnemen. Art. 681 n°. 6 j°. n°. 4°. K.

Er is in het algemeen geen reden om onderscheid te maken tusschen schriftelijke bewijsstukken (titels) en andere roerende zaken. Cf. l. 3 § 14 ad exhib. X, 4 »ait Julianus, si quidem mea charta rationes scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum". Zij zullen alzoo van iederen houder door den eigenaar kunnen worden opgevorderd. En daar zij als stoffelijke voorwerpen verhandelbaar zijn, zal »het bezit geldt als volkomen titel" hier evenals bij andere roerende zaken den revindicant in den weg kunnen staan. Dat ook eene persoonlijke vordering tot hetzelfde doel kan leiden, hangt eenvoudig van de tusschen den houder van het stuk en hem die het vordert bestaande rechtsbetrekking af.

Zijn de stukken aan meer personen gemeen dan kan geen hunner tegenover een der anderen daarop een uitsluitend recht doen gelden. Zijn zij niet door eene bijzondere wetsbepaling, als art. 1127 § 2, 1128 B. W., art. 35 en 56 K., aan een der rechthebbenden toegewezen of in bewaring gegeven, dan is zeker de in bewaring stelling bij een derde, naar art. 1922 B. W., het beste middel om ze voor alle belanghebbenden te bewaren. En de bevoegdheid aan ieder belanghebbende toegekend om op zijne kosten een afschrift of uittreksel daarvan te laten maken (a. 1922) of die door den bewaarder te laten geven (a. 1127, 1128) wat inzage insluit, waar deze niet uitdrukkelijk vermeld wordt (art. 1922), en in welk een en ander »de vrije toegang" van art. 35 K. zich wel moet oplossen, verzekert aan alle belanghebbenden, waar dit noodig wordt, het gebruik van die stukken.

In art. 1923 schijnt de wetgever te onderstellen dat geen van deze maatregelen op gemeene stukken is toegepast, maar dat eene der partijen in een geding dergelijke stukken, die de zaak in geschil betreffen onder hare berusting heeft en die niet in het geding heeft gebracht, terwijl de andere partij daarvan gebruik zou willen maken.

Waartoe nu dat verzoek aan den rechter om de wederpartij de mededeeling te bevelen, terwijl art. 1922 de bevoegdheid geeft om de in bewaring stelling onder een derde, welke den vrijen toegang tot het stuk verschaft, te vorderen? Men begrijpt dit eerst, wanneer men weet dat aanvankelijk (art. 19 Ontwerp 1824) bepaald was, dat »de eene partij van de andere kon

vorderen dat dezelve onder eede die stukken overlegge, welke onder hare berusting zijn en de zaak in geschil betreffen". De bezwaren tegen die bepaling ingebracht, tegen »die hardheid", zooals men het noemde, »om bewijsstukken in den boezem van de wederpartij te zoeken" hadden ten gevolge dat zij verzacht werd door het aan 's rechters oordeel over te laten of er voor dat verlangen der partij een afdoende grond bestond en daarom werd »de vordering van de tegenpartij veranderd in »een verzoek aan den rechter om de wederpartij te bevelen" art. 1932 W. 1830. Bij de herziening in 1833 keurde men dat »putten van bewijsmiddelen »ex domo adversarii" geheel af, beperkte de bepaling tot stukken aan beide partijen gemeen en bracht ze in onmiddellijk verband met de bepaling van art. 1922, vroeger art. 1937 W. 1830. Het verzoek aan den rechter is nu evenwel, in dien zin waarin daarvan in het W. 1830 werd gesproken, misplaatst; niet minder dan in art. 1922 behoorde hier nu van eene vordering tegen de wederpartij sprake te zijn; doch de rechter zal wel begrijpen dat de hem door de woorden van het artikel toegekende discretionnaire macht voor het recht der partij moet wijken. Naast art. 1922 heeft de bepaling eigenlijk alleen beteekenis, doordien zij het doen van 't verzoek, het instellen der vordering »in elken stand van 't geding" toelaat, waaruit volgt dat, wanneer eene partij in een geding van dergelijke, onder haar niet berustende, doch haar met de tegenpartij gemeenschappelijk toebehoorende en onder deze berustende, stukken wil gebruik maken, zij daartoe de gelegenheid heeft zoolang het geding door 't houden der pleidooien niet is gesloten, en dus het recht daartoe door geene handeling heeft verwerkt. Om de woorden van art. 1923 kan het aanbeveling verdienen, de vordering in den vorm van een verzoek aan den rechter in te kleeden.

Die vordering tot mededeeling wordt dan een incidenteele vordering in de bepaalde beteekenis van het woord en zal, als deze, met het vroeger besproken onderscheid tusschen gewone en summiere zaken, moeten worden behandeld. Vraagt men, hoe die mededeeling dan moet geschieden, ik geloof dat veilig de analogie van de bepalingen omtrent mededeeling van oorspronkelijke stukken (art. 148 vv.) kan worden gevolgd. Mededeeling ter griffie beantwoordt aan de algemeene bepaling van art. 1922 en mededeeling tegen recepis beantwoordt evenals die ter griffie aan het doel der overlegging in dit geval, nl. voor het proces.

Koopmansboeken. De bepaling van art. 11 W. v. K. is niet anders dan de toepassing van het beginsel, dat in a. 1922 en 1923 B. W. wordt gehuldigd. De opvatting van art. 11 door HOLTIUS ad art. en ook door KIST, Beginselen I bl. 104, voorgestaan deel ik geheel. Hoe ook de koopman op de geheimhouding zijner boeken moge gesteld zijn, de niet handeldrijvende is het niet minder op zijne titels en familiepapieren; evenmin als deze laatste is de eerste bevoegd die geheimhouding te verlangen tegenover hen die evenveel recht als hij op die papieren en boeken hebben. Die medegerechtigheid heeft art. 11 nog bijzonder uitgedrukt door het recht om mededeeling te vorderen toe te kennen aan hem, die daarbij een regelrecht belang heeft, een belang niet minder dan dat van hem die de boeken onder zich heeft, wat zeker aan een medeerfgenaam, een belanghebbende in eene gemeenschap, een vennoot niet kan worden ontzegd; nog sterker is dat recht bij den aansteller van factoors of bewindvoerders, daar de boeken door dezen gehouden niet hunne zaak betreffen maar die van hem die hen aanstelde. In geval van faillissement is het zeker met het recht van de crediteuren op mededeeling van de boeken des gefailleerde eenigzins anders gesteld. Het was niet hunne zaak waarvan die boeken gehouden werden, ook hadden zij daarin geen aandeel, en nog is de boedel van den gefailleerde hun boedel niet, maar die boedel is nu toch onder beheer van curators gesteld ten behoeve van hen, schuldeischers, opdat zij hunne rechten daarop kunnen verhalen. Dat zij daaruit krijgen wat er uit te halen is daarop hebben zij recht en om dat te beoordeelen hebben zij kennis van den toestand des boedels noodig, welke ook uit de boeken te kennen is. JOUSSE wees daarop reeds in zijne aanteekening op art. 9 van tit. III der ord. van 1673. Het is hier dan ook veel meer om eene mededeeling (communication zeide de C. d. C.) of overlegging *) in den zin van art. 1923, dan om eene openlegging te doen; niet een bepaalde plaats hebben zij in te zien, maar het geheele boek te onderzoeken.

*) De terminologie van onze wet is geen vaste. Waarom èn in art. 11 èn in 12 K. van openleggen gesproken, waardoor het onderscheid tusschen „communication" (art. 11) en „représentation" (art 12) in de woorden verwaarloosd wordt; waarom overleggen in art. 1920 B. W. en mededeelen in art. 148 B. R., terwijl mededeelen i. q. gemeen maken de gedachte van art. 1923 beter teruggeeft, en overleggen, ter kennisneming beschikbaar stellen, in art. 148 beter op zijne plaats ware?

De vordering kan zich dan ook èn als een zelfstandige èn als eene incidenteele voordoen. Men heeft hier aan eene bestaande althans nog niet verdeelde gemeenschap, eene bestaande of nog niet geliquideerde vennootschap, eene nog niet vereffende nalatenschap te denken, zoodat er van eenen definitieven maatregel, als art. 1922 B. W. bedoelt, nog geen sprake is. Wellicht zou men kunnen meenen dat de hier zoo uitdrukkelijk toegekende vordering niet had behoeven toegekend te worden; dat toch bijv. een vennoot den beheerenden vennoot krachtens de overeenkomst van maatschap, de aansteller van den factoor of bewindvoerder dezen uit de overeenkomst van lastgeving tot het doen van rekening kan aanspreken. Zeker zullen bij die gelegenheid de boeken wel voor den dag moeten komen, maar dit artikel laat aan de bevoegdheid om ten allen tijde mededeeling van de boeken te vorderen geen twijfel over. Ook is hierbij niet, zooals in art. 1923 sprake van een aanhangig geding. Als de vordering van art. 1922 kan ook die van art. 11 zelfstandig worden ingesteld. Over deze mededeeling van boeken verg. een belangrijk opstel van GOLDSCHMIDT in Zeitschr. f. Handelsrecht XXIX, bl. 343 vv.

Boekhouders eener reederij. Hunne in art. 337 K. geregelde verplichting en de aanspraak der medereeders op hunne boeken en papieren is geheel analoog aan de bij art. 11 K. aan factoors en bewindvoerders opgelegde verplichting tot mededeeling hunner boeken aan diengene die hen heeft aangesteld. De boeken en papieren behooren niet aan den boekhouder als zoodanig al is hij medereeder, maar aan de gezamenlijke medereeders wier zaak hij beheert en bestuurt. Ditzelfde geldt van de in art. 387 K. geregelde verplichting van den schipper.

Notarissen. Volgens art. 41 van de wet op het Notarisambt, mogen de notarissen, geene minuut hoegenaamd uit hunne handen geven anders dan in de gevallen bij de wet voorzien, en terwijl zij verplicht zijn van alle te hunnen overstaan verleden akten minuut op te maken, behoudens de in de wet aangewezen uitzonderingen (art. 38), hebben de partijen in den regel geenerlei recht op de oorspronkelijke akte te hunnen behoeve opgemaakt. Die minuten behooren, althans formeel, aan den notaris die ze opmaakte of met de bewaring is belast en ze voor verandering

of verminking behoedt. Zij die aan hetgeen in die akten werd beschreven rechten ontleenen of aan wie daarbij verplichtingen werden opgelegd, hebben dientengevolge behoefte aan afschriften van die stukken voor een behoorlijk overzicht van hun vermogen, voor het leveren van bewijs, waar dit noodig mocht zijn, en voor de tenuitvoerlegging, tot welke eene grosse, aan het hoofd voerende de woorden »in naam des Konings", wordt vereischt (art. 438). Vandaar de verplichting aan de notarissen of andere houders van minuten of akten opgelegd om daarvan afschriften en grossen af te geven. (Art. 839 B. R. arg. art. 841 j[is]. artt. 42, 43 en 44 Wet op het Not[t].) Terwijl zij aan deze verplichting niet behoeven te voldoen dan tegen betaling van de kosten hun toegelegd bij het tarief (art. 5, wet van 1847 n°. 12) krachtens bevelschrift invorderbaar (art. 9 vv. eod.), zou de nakoming der verplichting nauwlijks eene nadere regeling behoeven. Doch naast de verplichting tot het afgeven van afschriften aan de onmiddellijk belanghebbenden en hunne erfgenamen of rechtverkrijgenden, staat het verbod van art. 42 Notariswet, om grossen, afschriften of uittreksels, inzage of mededeeling van den inhoud der akten te geven aan iemand anders dan aan die onmiddellijk belanghebbenden, hunne erfgenamen of rechtverkrijgenden. En terecht, want alleen ten behoeve van dezen werden de akten opgemaakt voor hunne bijzondere belangen.

Een notaris kan zich alzoo licht verplicht achten een afschrift, uittreksel of grosse te weigeren, indien hij niet overtuigd is dat de verzoeker tot de onmiddellijk belanghebbenden enz. behoort. Want kan zijne weigering, als iedere niet voldoening aan eene verbintenis om iets te doen, hem aan eene vordering tot schadevergoeding blootstellen (art. 839, B. R., 1275 B. W.), behalve aan schadevergoeding stelt hem de uitreiking van een afschrift enz., in strijd met het verbod, aan eene veroordeeling tot geldboete bloot en, in geval van herhaalde overtreding, aan schorsing in de bediening. Art. 42.

Zoo lag de opzettelijke regeling van het geding, dat uit de weigering kan ontstaan, voor de hand. De wetgever bracht het daarbij onder de dwanguitgifte van akten waartoe het strikt genomen, niet behoort. Zie hierna onder IV.

Art. 840 bepaalt daaromtrent dat het geding summierlijk wordt behandeld en laat de tenuitvoerlegging van het vonnis bij voorraad

toe niettegenstaande verzet of hooger beroep. In verband met de algemeene bepaling van art. 53 blijft die tenuitvoerlegging bij voorraad ter beoordeeling van den rechter, niet ook of die ten uitvoerlegging zonder verplichting tot zekerheidstelling zal worden toegelaten. Art. 840 legt de verplichting tot zekerheidstelling voor de schadevergoeding uitdrukkelijk op, evenzoo art. 590 voor de voorl. ten uitvoerlegging van den lijfsdwang. Het oordeel des rechters blijft dus ten aanzien van de zekerheidstelling alleen vrij voor de voorl. ten uitvoerlegging wat de hoofdzaak, de afgifte van het afschrift, betreft. OUDEMAN vergist zich m. i., wanneer hij (III bl. 239) meent dat hier eene uitzondering wordt gemaakt op art. 55. Het geldt hier immers niet proceskosten die in plaats van schaden en interessen zijn toegewezen, maar kosten, schaden en interessen, welke boven en behalve de kosten van het proces worden toegewezen.

De vraag, wie onder »onmiddellijk belanghebbenden" zijn te verstaan, heeft wel tot strijd aanleiding gegeven, maar deze is, gelijk terecht in de toel. van art. 1 B, IV, tit. IX Ontw. 1865, sub 3, wordt opgemerkt, eerder te wijten aan eene onjuiste opvatting dan aan eene onjuiste uitdrukking der wet; zie het ontwerp, bl. 138. Het ligt voor de hand dat onder die onmiddellijk belanghebbenden bij de akte in de eerste plaats begrepen zijn zij die de akte lieten opmaken, die daardoor toonden belang bij het opmaken en dientengevolge bij de akte te hebben. Dat zijn dus de partijen, hetzij zij in persoon of door een vertegenwoordiger verschenen zijn en in dit laatste geval niet die vertegenwoordigers; verder zij die hetzij onder algemeenen of onder bijzonderen titel in de rechten van die partijen zijn opgevolgd en die in art. 839 als erfgenamen en rechtverkrijgenden worden aangeduid. Intusschen ware de uitdrukking te beperkt als alleen van partijen gesproken ware. Want men behoeft geen partij in de akte te zijn om aan hetgeen in die akte is geconstateerd rechten te ontleenen of daardoor zijn rechten bepaald te zien en zeer zeker is men dan even goed belanghebbende bij de akte en wel onmiddellijk belanghebbende. Alzoo zijn de bij uitersten wil benoemde erfgenamen onmiddellijk belanghebbenden bij dat testament en de legatarissen bij dat gedeelte van het testament dat de te hunnen voordeele gemaakte beschikking bevat. Niet minder zijn zij, die bij versterf tot een nalatenschap zouden

zijn geroepen geweest, onmiddellijk belanghebbende bij het testament dat hen daarvan uitsloot. Verg. arr. Hof Amsterdam 19 December 1890 W. n°. 5979. Zie DE PINTO II bl. 922 v. Dat men bij »belanghebbenden bij de akte" het eerst aan partijen denkt, blijkt uit art. 833 dat meer in overeenstemming met art. 839 zou zijn, indien daar in plaats van »geen partij is geweest", gelezen werd: »bij welke men noch onmiddellijk noch als erfgenaam of rechtverkrijgende belang heeft". Zie art. 42 en 43 Not.ambt.

Dat de weigering om een eerste grosse af te geven onder de bepaling van art. 839 moet worden gebracht, leid ik daaruit af dat niet alleen art. 43 Not. aan ieder onmiddellijk belanghebbende het recht toekent op ééne grosse, en de notaris derhalve verplicht is die af te geven, maar ook omdat eene grosse een afschrift is. Maakt art. 42 Not. onderscheid door beide afzonderlijk te noemen, dit wordt door de bijzondere bepaling van art. 43, de beperking tot ééne grosse, verklaard; art. 839 B. R. daarentegen had niet met de tegenstelling tusschen afschriften en tweede of verdere grossen te maken, zoodat onder de afschriften de eerste grosse begrepen is. De afgifte van een tweede of verdere grosse kan niet anders geschieden dan krachtens een bevelschrift door de rechtbank op een daartoe gedaan verzoek, dus langs den weg der vrijwillige jurisdictie, te geven. De afgifte kan evenwel ook tot een geding leiden. Artt. 841, 842. Doch wij komen daarmede in de executie, buiten de grenzen van het bewijsproces.

Makelaars. Met het ambtelijk karakter, dat de makelaar ontleent aan zijn aanstelling door het openbaar gezag, het plaatselijk bestuur, en met den door hem afgelegden eed staat in verband zijne geloofwaardigheid ten opzichte van hetgeen hij verklaart in zijne betrekking tusschen derden te hebben tot stand gebracht. De twijfel, waartoe art. 109 C°. aanleiding gaf, of die geloofwaardigheid wel ander gevolg had dan de bewijskracht in dat artikel aan de door hen afgegeven bordereaux of arrêtés toegekend, is bij ons door art. 68 K. opgeheven. Hunne boeken leveren bewijs op tusschen de partijen, doch die bewijskracht is evenals die van de koopmansboeken beperkt door 't vereischte, dat de handeling niet geheel ontkend wordt of, dit mag men er bijvoegen, in het alge-

meen bewezen is. Willen nu partijen door de boeken van den makelaar bewijs leveren dan hebben zij op die boeken, welke niet hunne boeken zijn, geen aanspraak, doch de makelaar is verplicht aan de partijen »uittreksels uit zijn boek te geven bevattende al hetgeen hij daarin betrekkelijk de handeling die hen aangaat heeft aangeteekend". De belanghebbende partij zal derhalve om zich het noodige bewijsstuk te verschaffen den makelaar tot uitlevering van zoodanig uittreksel in rechte kunnen aanspreken. Art. 67 K. Bij niet-voldoening aan de hem opgelegde verplichting zal de makelaar tot vergoeding van kosten, schaden en interessen worden veroordeeld. Dit behoefde de wetgever niet uitdrukkelijk te bepalen. Maar waarom de makelaar niet even goed als de notaris in 't geval van art. 839 B. R. zelfs bij lijfsdwang aansprakelijk gesteld? De ratio is dezelfde, maar art. 585 B. R. sluit analogische toepassing uit. Deze vordering is uit haren aard eer een zelfstandige dan eene incidenteele.

Van het uitgeven van andere aanteekeningen dan die in uittreksels van het boek bestaan, is bij ons geen sprake. Van nota's betreffende het afsluiten der handeling, als waarvan art. 73 A. D. H. W. spreekt, die door den makelaar en, wanneer het handeling op tijd betreft, ook door de verbonden partij onderteekend moet worden, weet de wet niet. In de praktijk zijn die nota's gebruikelijk, doch hare bewijskracht, waaromtrent het duitsche wetboek ook eene bepaling bevat in art. 77 § 1, is bij ons niet geregeld. Alleen bij zeeassurantie wordt den makelaar de verplichting opgelegd om van het afsluiten eener assurantie aan den verzekeraar eene nota uit te reiken, welke tusschen partijen geldt als een begin van bewijs bij geschrifte. Art. 681 n°. 1. Daarom zal de verzekerde ook wel de uitreiking van zoodanige nota kunnen verlangen. De verplichting den makelaar in zeeassurantie bij art. 681 n°. 6 opgelegd om aan de verzekerden of aan de verzekeraars, zoo dikwijls deze dit voor hunne rekening vorderen, te geven voor waar geteekende afschriften der polissen, berichten, brieven en aanteekeningen, staat zeker in verband met de algemeene bepaling van art. 67 K., al is dit laatste een onmiddellijk gevolg van den makelaar in het algemeen opgelegde verplichting om dagboek te houden. Dat deze verplichting op de makelaars in zeeassurantie niet zou rusten, gelijk DE PINTO meent, acht ik onjuist. De verplichtingen in art. 681 aan deze makelaars opgelegd sluiten die

van art. 67 niet uit. En de aanteekening in het dagboek kan juist dienst doen tot bewijs, als de polis nog niet is opgemaakt. Is die nota eigenlijk niet een uittreksel uit het dagboek? Doch op het niet nakomen der verplichtingen in art. 681 opgelegd kan de bepaling van art. 71 K. om hare beperkte bewoordingen niet worden toegepast, wel daarentegen op het verzuim van boekhouden naar art. 66, hetwelk tot »deze afdeeling" behoort.

Wanneer nu evenwel, bij een beroep op het uittreksel, de wederpartij de overlegging van het oorspronkelijk stuk, d. i. van de in het boek voorkomende aanteekeningen verlangt, ten einde daarmede het uittreksel te vergelijken, dewijl de kracht van het bewijs in het oorspronkelijke gelegen is, art. 68 K. j. 1925 B. W., dan kan de rechter bevelen dat de makelaar worde opgeroepen om zijn boek open te leggen en toelichting te geven. Het daartoe door de partij gedaan verzoek zal het karakter van een incidenteele vordering hebben en het vonnis op dit incident gewezen een interlocutoir vonnis zijn. Dat de rechter dit bevel ook ambtshalve geven kan komt mij niet twijfelachtig voor. De redactie van het artikel wijst daarop; art. 12 erkent die bevoegdheid des rechters ten aanzien van de koopmansboeken in het algemeen en de vermelding van »toelichting" duidt aan dat de openlegging van het boek hier ook voor den rechter noodzakelijk kan zijn om een juist oordeel te vellen, gelijk hem ook in andere gevallen toegestaan wordt ambtshalve een bewijsmiddel voor te schrijven. Dat men, bij gebreke van deze bepaling, den makelaar niet anders dan als getuige kon doen oproepen is aannemelijk (Verg. Holtius op art. 66—68 onder 1ª *a*), maar dat hij nu als getuige zou opkomen en alzoo in dit artikel eene afwijking zou gevonden worden van art. 1942 B. W., zooals Asser c. s. meenen, kan ik niet toegeven. Hij die toelicht, opheldering geeft omtrent hetgeen hij zelf geschreven heeft en dat als zoodanig geloof verdient, legt geen getuigenis omtrent den inhoud van dat geschrevene af, dat immers niet daardoor aan het licht gebracht wordt, terwijl de toelichting evenmin strekt om te bewijzen, dat het in het boek aangeteekende van den makelaar afkomstig is, vermits hij zijn boek openlegt. Ware de makelaar in dit geval in den zin der wet, als een getuige aan te merken, die hem in art. 67 § 2 opgelegde verplichting zou eene poenale sanctie hebben gekregen in art. 445 Swb., dat ik nu evenwel niet op hem toepasselijk acht. Het niet voldoen aan het bevel des rech-

ters zal ook niet door toepassing van lijfsdwang kunnen worden afgedwongen, maar vergoeding van kosten, schaden en interessen aan de belanghebbende partijen en de toepassing van art. 71 kunnen het gevolg zijn.

Al behooren de boeken, waarin de makelaar de door hem tusschen anderen tot stand gebrachte overeenkomsten opteekende, aan hem evenals de minuten der notarieele akten aan den notaris, de aanspraak op afschriften en uittreksels en op de openlegging van het boek komt aan de partijen toe als onmiddellijk belanghebbenden bij de in het boek of in de akte geconstateerde handeling. Het beginsel, waarop het aan partijen toegekende recht steunt is analoog aan dat hetwelk de mededeeling der boeken in art. 11 K. voorschreef.

Afschriften uit openbare registers. Afschriften uit openbare registers.

De strekking van openbare registers brengt mede dat de griffiers en andere met het houden of bewaren dier registers belaste ambtenaren verplicht zijn, tegen de betaling der hun toekomende rechten, aan allen die dit mochten vorderen afschrift of uittreksel af te leveren. Slechts bij uitzondering is, en dit ten aanzien van strafvonnissen, een rechterlijk bevel noodig opdat van het belang des verzoekers blijke. Art. 838.

De openbaarheid van de registers maakt dat hier geen onderscheid tusschen partijen, onmiddellijk belanghebbenden en derden behoeft gemaakt te worden. Art. 838 maakt dit alleen ten aanzien van arresten of vonnissen in strafzaken, van welke zij, die daarin geen partijen zijn geweest, alleen afschriften kunnen bekomen met machtiging van den voorzitter van het Hof of de rechtbank welke het arrest of vonnis heeft gewezen. Die machtiging mag alleen verleend worden op het bewijs dat de verzoeker daarbij belang heeft. »Men zoude", dus werd het verlangen eener afdeeling van de tweede kamer tot opneming van de beperking dezer bepaling tot die er belang bij heeft, aangedrongen, »dit verzoek somwijlen kunnen doen om de bloedverwanten van een veroordeelde in minachting te brengen bij personen, welke met de veroordeeling onbekend waren. De afkondiging van een crimineel arrest is eene straf, welke gevoegd wordt bij die welke daarbij is uitgesproken; de vordering van een afschrift van het arrest zoodanig als hetzelve bij dit artikel

is toegestaan, (nl. toen de verlangde beperking er nog niet in stond) kan intusschen dezelfde gevolgen hebben als de afkondiging, en deze wordt niet toegestaan dan bij eene bepaalde veroordeeling in de gevallen bij de wet bepaald". Het motief van de bepaling had weder eene uitzondering moeten doen maken voor de uitspraken, waarvan de rechter zelf de openbaarmaking heeft bevolen. Ook werd de beperking alleen voor arresten in crimineele zaken verlangd. Door ook de vonnissen der rechtbanken in de bepaling op te nemen was de bepaling wel wat op den groei gemaakt; in dat opzicht maakte het strafwetboek van 1886 haar pasklaar. Doch bij de feitelijk bestaande vrijheid van openbaarmaking der strafvonnissen in dagbladen en tijdschriften werd de bepaling beter geschrapt. Het is bovendien wel wat vreemd dat hij die in eene burgerlijke zaak een strafvonnis tot bewijs van het gestrafte feit wil overleggen (art. 1955 B. W.) machtiging behoeft om daarvan een afschrift te bekomen. De slotbepaling van art. 838 is eene aanvulling van art. 853 C. de Pr.

De wetgever onderstelt dat de strafvonnissen in registers worden geboekt. Onder de in den aanhef bedoelde registers zullen dan ook wel de audientiebladen begrepen zijn, waarin de vonnissen in burgerlijke zaken worden geschreven. Verg. de toel. op art. 8 B. IV tit IX, Ontw. 1865. Behalve met het houden van deze zoogenaamde openbare registers, welke wel in de eerste en voornaamste plaats door de griffiers worden gehouden, zijn deze belast met het houden van registers van vennootschappen a 23, 25, 38 K., van cooperatieve vereenigingen, art. 5 wet 1876 n⁰. 227. Zij zijn bovendien bewaarders van de registers van den burgelijken stand; a. 22, 24 B. W.

Voorts zijn de ambtenaren van den burgerlijken stand zelve ook bewaarders van die registers, art. 22 B. W. De uittreksels uit deze registers worden inzonderheid gevraagd om tot bewijs te dienen overeenkomstig a. 24 B. W. Eindelijk behooren tot de bewaarders van openbare registers de hypotheekbewaarders, art. 1265 B. W. Hun is bij ditzelfde artikel nog uitdrukkelijk de verplichting opgelegd om afschriften af te geven, en ofschoon de vergoeding van kosten, schaden en interessen niet op de weigering, in art. 1268 B. W., is toepasselijk gemaakt, wordt door de bepaling van art. 838 daarin, evenals in het geval van weigering door de bewaarders van de registers van den burgerl. stand, voorzien. Wat de afschriften uit de hypotheekregisters betreft, denke men aan de

bewijskracht aan de overschrijving van akten in de openbare registers in art. 1927 B. W. toegekend.

Dwanguitlevering van eigen stukken of van afschriften?

Niemand kan gedwongen worden hem toebehoorende stukken, bij welker kennisneming zijne wederpartij in een geding of een derde in een door dezen tegen een ander gevoerd geding enkel en alleen belang mocht hebben, uit te leveren *).

Niettemin kan aan de notarissen bij rechterlijk vonnis de verplichting worden opgelegd om afschrift of uittreksel af te leveren van akten welke zij in hunne bewaring hebben, aan hen die bij die akte geene partijen d. i. noch onmiddellijk belanghebbenden noch erfgenamen of rechtverkrijgenden van dezen geweest zijn. Art. 833—837, coll°. art. 839.

Ten aanzien van de openlegging van koopmansboeken geldt eene bijzondere bepaling. Art. 12, 13 K.

Het O. 1820 legde, in art. 3345, aan ieder die eenige geschriften bij welker inhoud een ander een klaarblijkelijk belang heeft, onder zich heeft, de verplichting op, om zoodanige geschriften op eene door den rechter te bepalen plaats te brengen, ten einde daarvan visie, en desnoods kopij of daaruit extract genomen worde. Vrijstelling van die verplichting verleent hetzelfde art. aan hen die ook van het geven van getuigenis zouden zijn vrijgesteld (verg. art. 3366 n°. 1—3). Deze vrijstelling kon echter niet worden ingeroepen, wanneer de oplevering van het geschrift niet eenvoudig op grond van een klaarblijkelijk belang werd gevraagd maar op grond van eigendom of medeëigendom of op grond daarvan dat het geschrift was vervaardigd in het belang van beide partijen of beide partijen een gelijke aanspraak op de geschriften mochten hebben, art. 3346. Uit deze bepalingen volgt duidelijk dat niet alleen, wanneer er een bijzondere rechtsgrond voor eene vordering tot uitlevering bestaat, maar bovendien dat op grond van klaarblijkelijk belang (causa justa et probabilis ter beoordeeling van den rechter) de oplevering van een geschrift van welken aard ook, onderhandsch evengoed als authenthiek, van een derde kon gevorderd worden. De tegenpartij in het proces wordt door de

*) R. B. LEDEBOER. Eenige opmerkingen over de verplichting tot overlegging van schriftelijke bewijsstukken. Acad. Proefschr. Amsterdam z. j.

uitzondering van art. 3345 n°. 2 coll. 3366, n°. 2 uitgesloten, zoodat zij tot die oplevering niet gedwongen kan worden. In die bepalingen vindt men terug wat in de wetten omtrent het bewijs van 1804, IVe hoofdst. art. 55, 59, 60, 71, 72, was bepaald en in hoofdzaak komt het neer op hetgeen v. d. Linden in het door hem op last van koning Lodewijk ontworpen burgerlijk wetboek (B. IV. tit. II. afd. 2, a. 19) schreef: »Ieder die eenige geschriften, bij welker uitreiking een ander belang heeft, onder zich heeft, is tot die uitreiking verplicht op denzelfden voet en met dezelfde bepalingen, als men tot het geven van getuigenis der waarheid gehouden is".

De oorsprong van al deze bepalingen is niet ver te zoeken. Hij ligt kennelijk in de niet geglosseerde l. 22 C. de fide instr. 4, 21 die, uit zich zelve geen gezag hebbende, toch ook bij sommige duitsche processualisten, op grond van hare »natuurlijke billijkheid", toepasselijk wordt geacht. Zie Wetzell § 24 nt 102, die zelf met vele anderen die leer verwerpt. Van onze oud-hollandsche juristen werd die leer gehuldigd door Merula L. IV tit. 66 cap. 6, op gezag van Gail Obss. L. I obs. 106, alwaar zij uitvoeriger uiteengezet en tegen andersdenkenden verdedigd wordt, doch verworpen door Voet ad tit. D. edendo, n°. 20, die alleen ten aanzien van de notarissen de verplichting tot uitlevering van afschriften aan derden aanneemt, mits op rechterlijk bevel, hetwelk niet dan met groote omzichtigheid moet worden verleend.

De leer van het O. 1820 ging in het O. 1824 over zelfs zonder de daaraan toegevoegde beperkingen. Wel werd de bevoegdheid om oplevering van stukken te vragen uitdrukkelijk beperkt tot den loop van het geding, zoodat het blijkbaar belang door het in een geding te leveren bewijs nader bepaald werd, wat trouwens alleen als eene verduidelijking beschouwd kan worden, maar daarentegen werd de verplichting aan ieder derde zelfs zonder de uitzonderingen, die men in het O. 1820 aantreft, opgelegd. Verder werd zij zelfs tot de tegenpartij in het geding uitgebreid. De artikelen van het O. 1824 werden met eene geringe wijziging, na eene vrij uitvoerige discussie, die meerendeels van instemming met die bepalingen deed blijken, vastgesteld en luiden in het W. 1830 aldus: »art. 1932. In elken stand van het geding kan de eene partij aan den rechter verzoeken dat de wederpartij worde bevolen om onder eede die stukken over te leggen, welke onder hare berusting zijn en de zaak in geschil

betreffen. — Indien het, in den loop van een geding, uitgemaakt is dat een der partijen een blijkbaar belang heeft bij de overlegging van een titel, welke in het bezit van een derde is, zal deze op bevel des rechters, gehouden zijn van dat stuk inzage te geven, en een afschrift of uittreksel daarvan te laten nemen, naar den vorm welke bij het Wetb. v. Burg. Rechtsv. is voorgeschreven".

Afkeuring vond de bepaling reeds toen, vooral om hare algemeenheid in de schriftelijke gedachtenwisseling, bij DAAM FOCKEMA, en in meer dan ééne afdeeling van de Tweede Kamer werd het »als eene hardheid beschouwd dat men bewijsstukken in den boezem van de wederpartij ging zoeken". Zeker kwam men daarmede in strijd met den, uit te dien opzichte vrij duidelijke plaatsen van Digesten en Codex (cf. l. 7 C. de test. IV, 20), afgeleiden regel: »nemo cogitur edere contra se". Doch daarop werd niet met zoovele woorden beroep gedaan en de Regeering verdedigde de bepaling als »hoogst zedelijk en billijk omdat zij strekt tot de ontdekking der waarheid", terwijl als rechtsgrond werd aangevoerd dat een stuk waaruit de tegenpartij bewijs kon putten daardoor werd een gemeen stuk wat het gebruik daarvan betreft, en eene analogie kon worden gevonden in het verhoor op feiten. Wat derden aangaat, te hunnen opzichte herinnerde de Regeering dat de bepaling reeds in de bestaande wetgeving op openbare ambtenaren toepasselijk was, art. 846 C. de pr., en dat zij nu alleen in het belang der maatschappij algemeen gemaakt werd.

Bij de openbare beraadslagingen nam VAN ASCH VAN WYCK het op voor de artt. 3344 vv. van het ontwerp, »uit de ware beginselen van het recht ten aanzien van de editie der instrumenten ontleend", terwijl de Belgen, als FALLON, in de bepaling van art. 1932 eene bevestiging vonden van de leer der Leuvensche Universiteit en van de jurisprudentie van den grooten raad van Mechelen en, wat TRENTESAUX bevestigde, van de praktijk der rechtbanken in België zelfs onder de fransche wetgeving (Cf. CARRÉ Q. 788 en CHAUVEAU in de aant. Bruss. ed. II p. 238). Van de nederl. afgevaardigden verdedigde BEELAERTS de bepaling van art. 1932 § 1 tegen de bedenking daartegen door VAN ASCH VAN WYCK ingebracht. Zie NOORDZIEK B. W. 1824—25 I, bl. 138, 140, 143, 144, II, bl. 713, 723. VOORDUIN V, bl. 494 vv. Bij de herzie-

ning in 1833 bleek wel dat de invloed van de Belgen hier overwegend was geweest. De met zooveel aandrang door de Regeering als hoogst zedelijk en billijk verdedigde bepalingen werden nu »met hulde aan de bedoelingen der opstellers" vierkant gedesavoueerd en men keerde, zonder, naar 't schijnt, van iemand tegenstand te ontmoeten, terug tot hetgeen indertijd DAAM FOCKEMA had verlangd en dat, al komen de artikelen 1922 en 1923 in den Code niet voor, ook onder den Code in beginsel moest worden aangenomen en leidt tot de gevolgtrekking hierboven in den tekst aangegeven. Het is het stelsel dat ook VOET leerde en door de meeste duitsche processualisten met plaatsen uit Codex en Digesten wordt goedgemaakt, terwijl JOUSSE op tit. XII art. 1 meer in den geest van het O. 1820 schrijft.

Bij allen vindt men echter de bevoegdheid erkend om van een notaris of bewaarder van openbare akten met tusschenkomst des rechters afschriften te verkrijgen van akten bij welke iemand geen partij is geweest. De Regeering wees daarop in 1824 en zeide toen, tot rechtvaardiging van de bepaling van art. 1932 § 2 W. 1830, dat die bepaling betreffende de openbare ambtenaren, in het belang der maatschappij, algemeen was gemaakt. En inderdaad, wanneer van een openbaar ambtenaar kan gevorderd worden de mededeeling van eene door hem opgemaakte of bewaarde akte aan iemand die daarin geen partij is geweest, dan zie ik niet in, waarom niet ieder derde die een akte onder zich heeft bij welker overlegging een ander belang heeft, tot die overlegging op bevel des rechters verplicht zou kunnen worden, en aan den anderen kant, hoe het is goed te maken dat, wanneer het afkeuring verdient aan een derde die verplichting op te leggen, een notaris daartoe verplicht worde? »La raison pour laquelle on est obligé dans ce cas d'implorer le secours du Juge", zegt JOUSSE ad tit. XII art. 1 p. 172, »c'est que les actes reçus par les notaires appartenants aux particuliers qui les ont passés ou à ceux qui réprésentent ces particuliers, il est défendu aux Notaires dépositaires de ces actes d'en donner communication, et par conséquent, d'en délivrer des expéditions à d'autres à moins que par justice il n'en soit autrement ordonné". En als hij daarbij voegt: »c'est la disposition précise de l'art. 277 de l'ord. de 1539" dan kunnen wij ook thans hetzelfde zeggen door te verwijzen naar art. 42 der wet op het Notarisambt evenals de

Franschen zoodanige bepaling hebben in art. 23 van de wet van 25 Ventôse XI. De tusschenkomst des rechters is noodig om den notaris te ontheffen van het verbod om aan anderen dan aan de partijen afschrift van zijne akten te geven, maar daarmede is niet goed gemaakt dat de rechter bevoegd wordt verklaard zulk een bevel te geven in het geval dat een litigeerende partij die buiten de akte staat, dit verlangt. Want die notaris staat in dit opzicht geheel gelijk met een derde bijzonder persoon, daar hij die akte welke hij voor de partijen enz. opmaakte ten behoeve en in het belang van die partijen onder zich moet houden. Het verschil bestaat alleen hierin dat die derde zijne akte zelf onder zich heeft, de notaris de akte voor een ander onder zich heeft. Als het nu voor dien derde lastig of onaangenaam is zoodanige akte over te leggen en voldoende rechtvaardiging om hem van die verplichting te ontslaan daarin ligt, dat het zijne akte is en dat hij die de akte verlangt daarbuiten staat, gelijk de wetgever in 1833 meende te moeten aannemen, dan geldt dit evenzeer voor de akte die zich onder den notaris bevindt en die niet minder althans formeel zijne akte is en wat haar inhoud betreft aan de partijen behoort, terwijl hij die de akte verlangt hier niet minder buiten de akte staat. Wanneer men nu mag aannemen dat de aan de notarissen opgelegde verplichting haren grond vindt in de analogische toepassing van de verplichting aan de argentarii opgelegd, l. 4 pr. § 1, l. 6, § 5, l. 9 § 2, 3, 4; l. 10 pr. D. de edendo 2, 13. dan had zij tot eene verplichting jegens partijen en rechtverkrijgenden beperkt moeten blijven (Zie BAYER Vorträge S. 960, VOET gaat noode eene enkele schrede verder ad tit. de edendo n°. 21 i. f.) Daar evenwel eene meer algemeene toepassing kennelijk ook met de uit de l. 22 C. IV, 21 voor ieder derde op grond van de verplichting om getuigenis af te leggen, afgeleide verplichting om akten over te leggen verband houdt, en daarin eene gereede verklaring vindt *) (Verg. JOUSSE t. a. p.), zoo verklaart zich daaruit tevens,

*) De analogische toepassing vond zeker te gereeder ingang om het beroep dat in l. 10 § 1 daarop wordt gedaan „quia officium eorum (i. e. argentariorum) atque ministerium publicam habet causam et haec principalis eorum opera est ut actus sui rationes diligenter conficiant" doch daarin ligt alleen een aanwijzing van 't groot belang van partijen om die rationes der argentarii als bewijs te gebruiken, dewijl hun openbare betrekking de betrouwbaarheid waarborgt en dus de bewijskracht verhoogt; de grond van de verplichting wordt in l. 4 § 1 aangegeven: „Huius edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii con-

hoe de fransche wetgever aan de zoo algemeen luidende bepaling van art. 846 C. de pr. kwam, waarin zelf van een belang bij de overlegging der akte geen sprake is, nadat hij de verplichting van de notarissen, ten aanzien van de partijen in de akte, in art. 839 vv. in verband met de wet van Ventôse geregeld had. Maar het is ook duidelijk dat de fransche wet eene inconsequentie bevatte, door de verplichting niet tot andere derden buiten de notarissen uit te breiden, eene inconsequentie welke onze wetgever, door bepalingen als in het W. 1830 en ook in O. 1820 aangetroffen werden te verwerpen, heeft bestendigd.

De uitsluitend in den Code de procédure opgenomen regeling van dit onderwerp had ten gevolge, dat de fr. wetgever meer bezorgd voor den vorm dan voor het fond, op 't materieele recht nauwelijks lettende, in art. 846 eenvoudig bepaalde: »Celui, qui dans le cours d'une instance voudra se faire délivrer expédition d'un acte enz., zonder nader de voorwaarden te bepalen, waarvan dat voudra afhankelijk zou zijn. Had onze wetgever, toen hij de bepaling van art. 1932 W. 1830 vaststelde, begrepen dat hij daarbij ook de verplichting van de openbare ambtenaren, uit het oogpunt van 't materieele recht, moest regelen, hij ware wellicht tot een beter resultaat gekomen. Zonderling dat hij 't voorbijzag, niettegenstaande de Regeering zich tot verdediging van art. 1932 § 2 op de bepalingen van den Code de procédure beriep en naar de daar, eigenlijk niet, geregelde verplichting der openbare ambtenaren verwees, ten slotte en in onmiddellijk verband daarmede opmerkende »dat deze materie niet bijzonderlijk tot de manier van procedeeren behoort, omdat dezelve aan den eenen ingezetene jegens den anderen een burgerlijk regt toekent." VOORDUIN ad art. 1923 sub IV. NOORDZIEK t. a. p. II bl. 724 m.

Ik zal deze verplichting der openbare ambtenaren die alleen in toepassing wordt gebracht in den loop van een geding zoodat de tot hare nakoming strekkende vordering niet eenvoudig strekt om een bewijsstuk te bekomen, maar bepaaldelijk om daarvan in een geding tot bewijsvoering gebruik te maken, straks

---

ficiant, aequum fuit id quod mei causa confecit meum quodammodo instrumentum mihi edi". Wel wordt, schoon in een ander verband, door BONCENNE III p. 522 de bewaarplaats der notarieele acten genoemd „un depôt public" en dan van die depôts gezegd dat zij zijn „la propriété de la société toute entière", op het voorbeeld van CARRÉ op art. 201 ed. belge II p. 283, maar ik kan daarin niet anders dan eene verwarring van begrippen ontdekken.

nader, in verband met de daarbij te volgen procedure bespreken.

Drieërlei regeling van dit onderwerp treffen wij in de onderscheidene wetten en ontwerpen aan. Vooreerst die van den Code de pr., welke eenvoudig aan ieder de bevoegdheid toekent om van den rechter een vonnis te vragen waarbij den notaris de verplichting wordt opgelegd om hem een afschrift of uittreksel uit te leveren van eene akte waarin hij geen partij was. Tot dit stelsel kwam onze wetgever terug nadat, en dit is de tweede regeling, in het O. 1820 was voorgesteld de verplichting tot uitlevering van eene akte niet alleen aan de notarissen maar aan ieder derde op te leggen in verband met diens verplichting tot afleggen van getuigenis. Eindelijk de regeling van het W. van 1830 waarin deze verplichting, doch veel minder principieel geregeld, was opgenomen en bovendien de verplichting aan de partij in het geding werd opgelegd om onder haar berustende stukken, op grond van klaarblijkelijk belang der tegenpartij, in het geding te brengen.

M. i. moet aan het stelsel van het W. 1830 de voorkeur worden toegekend, behoudens nauwkeuriger regeling om misbruiken tot vertraging en verwikkeling van het geding te voorkomen. Daartoe zou behooren de nadere bepaling van het klaarblijkelijk belang, waarop Beelaerts v. B. wees (bij Noordziek t. a. p. bl. 141) alsof het van zelf sprak. Eene zuivering met eede wegens ontkend bezit zou ik niet toelaten. Maar waarom zou de vraag omtrent het bezit van de akte niet met een verhoor op vraagpunten gecombineerd kunnen worden en de houding van de partij daaromtrent een vermoeden in haar nadeel kunnen doen ontstaan? Verg. art. 244. De verplichting van derden tot uitlevering van akten zou ik, op 't voorbeeld van 't O. 1820, in verband met de verplichting om getuigenis af te leggen nader bepaald willen zien. De beperking van deze verplichting tot notarissen heeft geen redelijken grond. Maar zal men vrijstellen van de verplichting allen die zelven bij de zaak rechtstreeks of een aanmerkelijk zijdelingsch belang hebben, zooals 't Ontw. 1820 deed in art. 3345 § 2 sub n°. 3? Ik vind ook daarvoor geen grond evenmin als om, wat daarin ligt opgesloten, de tegenpartij vrij te stellen. Jousse verdedigt ook dit gevoelen t. a. p. en hij staat daarin niet alleen. »Si l'acte dont une partie a besoin" zegt hij, »est entre les mains d'un particulier à qui il appartient, cette partie ne peut l'obliger de la lui communiquer, dans le cas

où la production de cet acte pourroit préjudicier à celui qui l'a en sa possession, à plus forte raison cela doit-il avoir lieu à l'égard d'une partie avec laquelle on est en procès, lorsque la représentation de cette pièce lui causerait un préjudice. C'est le fondement de la maxime: Nemo tenetur edere contra se". Toegegeven, maar is die maxime zelve dus gerechtvaardigd? Of ligt in het beroep daarop geen petitio principii, als men het ius constituendum in het oog heeft?

De beteekenis van »geene partijen" in art. 833 moet ongetwijfeld door de vergelijking met art. 839 nader bepaald worden; allen die volgens dit laatste artikel recht hebben op een afschrift, hebben geen bevel des rechters noodig als ware hun recht daarvan afhankelijk.

Bijzondere bepaling ten aanzien van de openlegging van koopmansboeken, art. 12, 13 K.

Indien behouden ware gebleven eene bepaling als art. 1932 W. 1830 in het eerste lid inhield, zou er niets bijzonders in de bij 12 en 13 geregelde verplichting tot openlegging der koopmansboeken gelegen zijn. Maar ook nu is wat er inderdaad bijzonders in deze bepalingen gelegen is niet in strijd met de verwerping van dat art. 1932 § 1.

Immers staan deze bepalingen in onmiddellijk verband met, en rechtvaardigt zich datgene wat er bijzonders in is, door de aan de boeken toegekende bewijskracht.

De rechter heeft de bevoegdheid om de openlegging der boeken te bevelen, wanneer er tusschen partijen geschil bestaat over feiten waaromtrent de boeken bewijs kunnen verschaffen, of licht kunnen verspreiden.

Dit kan in de eerste plaats geschieden op verlangen van ééne der partijen. Daarbij kunnen twee gevallen verondersteld worden. In de eerste plaats: er is door den eischer tot staving zijner vordering een uittreksel uit het boek overgelegd. De wederpartij verlangt mededeeling van het oorspronkelijk stuk, hier het boek, om de overeenstemming te constateeren. Dit is niet anders dan de toepassing van art. 1925, waarvan in het algemeen de procedure in art. 148 B. R. wordt geregeld. Het geldt dan toch een verzoek om mededeeling van een oorspronkelijk stuk waarvan een afschrift in het geding werd gebracht. In de tweede

plaats: de wederpartij wil zich aan de boeken der andere partij gedragen, wat art. 13 K. onderstelt. Zij verklaart, met andere woorden, als bewezen te zullen aannemen wat door het boek der andere partij zal worden gerechtvaardigd. Men gevoelt het verschil met »het putten van bewijs e domo adversarii". Niet om zich zelven een bewijsstuk te verschaffen, maar om de tegenpartij de gelegenheid te geven bewijs te leveren uit zijn eigen boek dat hij verplicht is zóó te houden, dat het bewijs opleveren moet, wordt de openlegging van het boek verlangd. Als alles in orde is moet dit openleggen van het boek aan hem die daartoe verplicht wordt voordeel opleveren; dat kan niet gezegd worden te zijn »edere contra se" in den zin waarin de wetgever dat wilde uitsluiten.

Maar de rechter kan ook ambtshalve de openlegging der boeken bevelen. Ofschoon hij lijdelijk is in dien zin dat hij alleen over datgene beslist wat aan zijn oordeel door partijen is onderworpen, zoo moet hij toch tot oordeelen in staat zijn en beveelt hij de openlegging der boeken gelijk hij ambtshalve getuigen of deskundigen kan doen hooren.

Deze openlegging (art. 12 en 13) is niet als de mededeeling van art. 11 tot in de wet aangewezen gevallen beperkt, maar de kennisneming zelve is beperkt tot het punt in geschil. Zoo strekt zij dan ook »ten einde daarvan inzage of uittreksel te doen nemen voor zooveel het punt in geschil betreft". Art. 12. Dus wordt het geheele boek niet aan de tegenpartij ter inzage gegeven, en blijft de geheimhouding verzekerd. Alleen voor den rechter ligt het geheele boek open. Hij wijst de bladen aan welke ter inzage moeten gegeven worden en zorgt dat het boek tot zoover afgesloten worde. Dat dit de strekking der bepaling is bewijst hare redactie in verband met hetgeen daarover bij de vaststelling der wet voorviel. VOORDUIN op art. 12 K. sub II—IV, VIII en XI. Dl. VIII bl. 81 vv. Zie hierna blz. 241.

Weigering of verzuim om aan het rechterlijk bevel te voldoen doet vermoeden ontstaan in het nadeel van dengene die weigert of verzuimt. Dientengevolge, op grond van art. 1977 en 1978, aanvulling van dat vermoeden tot bewijs door den suppletoiren eed.

Deze openlegging van de boeken maakt het onderwerp van een incident uit in het proces, dat behoort tot de middelen van bewijsvoering in eene volgende § te bespreken. Ik kom bij de mededeeling van stukken daarop terug. Zie bl. 241.

Aanm. Eene verplichting tot overlegging van stukken in een bijzonder geval vloeit voort uit art. 13 der wet van 12 Juli 1855 n°. 102, waar aan Gedeputeerde Staten, tot regeling van een omslag ter zake van een door hen, bij weigering of verzuim van een waterschapsbestuur uit te voeren werk, de bevoegdheid wordt toegekend om de overlegging der tot regeling der zaak noodige stukken in rechte te vorderen. Voorloopige tenuitvoerlegging van het vonnis des noods door het middel van lijfsdwang zonder verplichting tot zekerheidstelling, wordt bij dat vonnis bevolen. Ofschoon de hier bedoelde stukken aan het waterschapsbestuur toebehooren, moeten zij aan Gedeputeerde Staten worden overgelegd, dewijl deze door de wet geroepen zijn eene handeling te verrichten in de plaats van dat bestuur en zij tot die handeling de stukken noodig hebben.

IV. Dwanguitgifte van akten.

Van de artikelen, welke onder bovenstaand opschrift in de zevende afd. van tit. VI B. III voorkomen, behooren eigenlijk alleen de eerste, 833—837, tot dit onderwerp. Wellicht zijn ze daarom in ons wetboek vooraan geplaatst, terwijl ze in den C. de pr. in tit..V. van B. I (IIe partie) onder het opschrift: »des voies à prendre pour avoir expédition ou copie d'un acte ou pour le faire reformer" (art. 839—858) voorkwamen, en daar, nà de bepalingen die den inhoud van onze artt. 839—842 uitmaken, waren opgenomen.

Die dwanguitgifte, welke de Franschen »demande à la fin de compulsoire" noemen, in verband waarmede ook het opschrift van deze afdeeling in het W. 1830 luidde: »du compulsoire", (bij Merula: brievencompulsoriaal en dwangbrieven), heeft eigenlijk alleen betrekking tot de vordering van een afschrift van eene akte, waarin de eischer geen partij is geweest en het denkbeeld van dwang dat men met dat compulser verbindt deed daarmede gemakkelijk vereenigen en onder eene benaming samenvoegen de andere in deze afdeeling voorkomende gevallen, welke ook tot het vorderen van afschriften, uittreksels of grossen betrekking hebben, doch waarbij geen dwang des rechters met opheffing van een bestaand verbod, maar eenvoudig voldoening aan eene bestaande verplichting het voorwerp der vordering is. Bij de oudere

fransche processualisten vereischt »le compulsoire" wel »une ordonnance pour contraindre l'officier public dépositaire de cet acte à le représenter", maar »afin d'en être tiré une copie collationnée par un huissier porteur de cette ordonnance" en het »compulser" sloeg niet zoozeer terug op den ambtenaar die tot vertooning gedwongen werd, als wel op de akte: »Le juge permet de compulser l'acte; l'acte est compulsé chez l'officier public; le Notaire ou autres chez qui on veut compulser". Zie JOUSSE ad art. I. Tit. XII. »Compulser" is derhalve het zich door tusschenkomst van den rechter verschaffen van eene akte, waartoe men uit eigen hoofde den toegang niet heeft, en »compulsoire" is de ordonnantie van den rechter welke tot het »compulser" de bevoegdheid verleent.

Ik behandel hier de dwanguitgifte van akten in die oorspronkelijke, meer beperkte beteekenis (de andere gevallen welke in de 7e afd. voorkomen, werden in de voorgaande bl. 197—200 en bl. 203 besproken of aangeduid) in verband met hetgeen ik reeds omtrent de materieele zijde van deze vordering opmerkte.

Hij die in den loop van een geding een wel gestaafd belang toont te hebben om gebruik te maken van eene akte waarin hij geen partij is geweest, is bevoegd te vorderen dat de rechter bij vonnis bevele dat de notaris of bewaarder van de akte hem een afschrift of uittreksel daarvan afgeve. Hij maakt daarbij gebruik van de bevoegdheid om, gelijk de wet het noemt, eisch tot dwanguitgifte te doen, art. 833, 836. Eisch tot dwanguitgifte, quid?

Wanneer men bedenkt dat den notarissen, onder bedreiging van boete en, bij herhaling, van schorsing in hunne betrekking, is verboden aan anderen dan aan de partijen enz. afschriften of uittreksels hunner akten af te geven en dat zij zich daardoor bovendien aan veroordeeling tot schadevergoeding jegens de partijen kunnen blootstellen, omdat de reden van dat verbod geen andere kan zijn dan dat die akten, op verzoek van en ten behoeve van die partijen opgemaakt, als aan de partijen toebehoorende akten moeten worden aangemerkt, dan ligt het voor de hand, dat het rechterlijk vonnis, dat de notarissen van de verplichting tot geheimhouding ontheft en hun tot de afgifte van afschrift of uittreksel aan derden machtigt, niet kan zijn een bloote formaliteit, maar dat de rechter daarbij te beoordeelen heeft of er reden be-

staat om dien notaris van de hem opgelegde verplichting te ontheffen. Die reden kan ook niet daarin bestaan dat die derde dat nu eenmaal verlangt, zoodat het voldoende zou zijn dat bloote nieuwsgierigheid hem daartoe bewoog. Want dan kon 's rechters tusschenkomst vrij wel achterwege blijven; zij zou niets dan omslag, oponthoud en kosten teweeg brengen en 't ware zoo goed als hadde de wetgever aan ieder derde eenvoudig de bevoegdheid toegekend een afschrift of uittreksel van den notaris te vragen. Wat kan dan anders een punt van onderzoek voor den rechter uitmaken dan dit, of de eischer een wel gestaafd belang heeft bij hetgeen hij vraagt, een belang wel niet als een rechthebbende, maar een belang, dat zijne rechtvaardiging vindt in het recht dat hij in het aanhangig geding doet gelden en dat hij te bewijzen heeft? Wat ik over die bevoegdheid om van aan derden toebehoorende akten afschrift te vragen en de vroeger en later daaromtrent verkondigde gevoelens en ontworpen bepalingen mededeelde bevestigt, dunkt mij, deze meening op afdoende wijze. Daarbij komt, dat zelfs in het geval van art. 838, tweede zinsnede, waar het geldt uitgiften van arresten of vonnissen in strafzaken, bij uitnemendheid akten van openbaar belang, de tusschenkomst van den Voorzitter vereischt wordt om den verzoeker te doen bewijzen dat hij belang heeft. Verg. DE PINTO II bl. 917. Op den grond van onbewezen belang moet dan ook de incidenteele vordering worden afgewezen of niet-ontvankelijk verklaard, wanneer zij gedaan wordt voordat de gedaagde geantwoord heeft.

In diezelfde geschiedenis onzer wettelijke bepalingen, die tot uitsluiting leidde van de bevoegdheid om van derden de mededeeling van onder hen berustende akten te vorderen, ligt ook voor mij het afdoend argument om de bepaling van art. 833 binnen de grens welke de woorden aanwijzen te beperken en de vordering alleen toe te staan *in den loop van een geding*. Waar eene bevoegdheid bij uitzondering is toegestaan en die bevoegdheid onmiddellijk wordt vastgeknoopt aan de gelegenheid, waarbij zij wordt uitgeoefend, waardoor die uitoefening feitelijk beperkt wordt, kan men niet zeggen, dat de wetgever bij die regeling het meest voorkomende geval in het oog had, waarin van eene in 't algemeen, hetzij uitdrukkelijk of stilzwijgend, erkende bevoegdheid wordt gebruik gemaakt. Het laat zich dan zeer goed verklaren, dat de wetgever het bestaan van een wèl gestaafd

belang eerst wil aannemen wanneer dit uit het voeren van een geding blijkt en hij dus ook eene rechtelijke beperking der bevoegdheid moet hebben gewild. Dat overigens op zich zelf zoodanig belang niet zou kunnen bestaan buiten geding en alzoo de noodzakelijkheid van de mededeeling der akte eerst door een geding en door eene ontkentenis der wederpartij zou kunnen blijken, zou ik met OUDEMAN niet durven aannemen. Het tegendeel toonde CHAUVEAU aan en met hem en met BERRIAT zou ik het wel eens zijn dat, op zich zelf, art. 833 evenmin als art. 846 C. de pr. de toepassing buiten geding uitsluit, zoodat ik, ware art. 1932 W. 1830 behouden gebleven, in de beperkte bewoordingen van art. 833 geen beletsel voor eene ruimere opvatting zou hebben gevonden. Dat uitleggers van den franschen Code eene ruimere uitlegging voorstaan kan men dan ook gereedelijk daaruit verklaren dat anders art. 846 zou zijn »introductif d'un droit nouveau". Desniettemin wordt dit laatste en daarmede de beperkte opvatting door de meeste hunner en ook meest algemeen in de jurisprudentie aangenomen. Zie CARRÉ Q. 2876 en de aant. van CHAUVEAU. Bij ons wordt door OUDEMAN III bl. 234 en door DE PINTO II bl. 915 e. a. bij OUDEMAN aangehaald de beperkte uitlegging voorgestaan. PENNINCK ontwikkelt in eene aant. op. art. 833 het tegenovergesteld gevoelen. Enkele zijner argumenten vinden een antwoord in hetgeen ik hierboven zeide, andere zijn nog bij een andere gelegenheid te bespreken. Hoe juist zijne opmerking zijn moge, dat in het algemeen het wetb. van burg. rechtsv. rechten niet toekent maar de wijze regelt waarop van elders toegekende rechten gebruik gemaakt wordt, zoo is het toch niet volkomen juist te zeggen, dat het recht om afschrift te vragen niet hier maar in art. 42 Not.ambt wordt toegekend. PENNINCK zegt dat dat artikel het recht geeft, als men voorzien is van een vonnis. Maar komt het er voor de toekenning van het recht niet op aan dat aangewezen worde, wie het recht heeft zoodanig vonnis te vragen? en is de strekking van art. 42 niet veeleer deze: aan te wijzen waardoor de notaris van het verbod, dat het artikel inhoudt, wordt ontheven? »Die wet", zoo vervolgt Mr. P., »wijst den weg niet aan welken men moet volgen om zoodanig vonnis te verkrijgen; maar dit was onnoodig en behoorde te huis in dit wetboek, hetwelk den vorm regelende, als een vonnis tot dwanguitgifte wordt gevraagd in een aan-

hangig geding, volstrekt niet uitsluit en ook niet kan uitsluiten het recht om een daartoe strekkende eisch bij rau-actie in te stellen". Mij komt het voor dat de schrijver met die laatste woorden: »als een vonnis enz., langzamerhand van den rechten weg afwijkt en zich in eene petitio principii verloopt. Op den rechten weg blijvende had hij moeten zeggen: »hetwelk den vorm regelende en geen anderen kennende dan een vonnis bekomen in een aanhangig geding, den notaris er op wijst dat hij alleen door zoodanig vonnis zich van het verbod ontheven kan achten.

Het is duidelijk dat de bepaling alleen kan worden toegepast op akten onder den notaris of bewaarder berustende, maar ook op deze allen. Onderhandsche akten zijn dus uitgesloten ten ware zij bij een notaris in bewaring zijn gegeven. De uitsluiting van onderhandsche akten volgt duidelijk uit de bepaling der wet en hare geschiedenis, de uitzondering voor gedeponeerde onderhandsche akten vloeit evenzeer uit de bepaling der wet voort maar vermeerdert de inconsequentie des wetgevers. Cf. CARRÉ en CHAUVEAU Q. 2877. Arr. Hof Gelderland 12 Maart 1862 N. R. Bijbl. XIII bl. 474. DE PINTO II bl. 916. OUDEMAN III bl. 235. Toelichting op art. 10 van B. IV, tit. IX Ontw. 1865.

Tegen wien? De eisch wordt ingesteld tegen de wederpartij in het geding, zonder onderscheid of deze partij in de akte zij of niet. Noch de notaris of bewaarder welke de akte onder zich heeft, noch de partijen in de akte worden opgeroepen om gehoord te worden. Art. 833.

Gelijk ik reeds opmerkte zou er met recht eene inconsequentie van den wetgever in gevonden worden, dat hij, de bevoegdheid om van de wederpartij of van derden overlegging van stukken te vragen verwerpende, den notarissen tot het geven van afschrift der aan de partijen behoorende akten aan derde belanghebbenden op rechterlijk bevel verplicht, en had indertijd de Regeering geen ongelijk toen zij zich op die verplichting van de notarissen beriep om haar voorstel ingang te doen vinden, volgens hetwelk èn de wederpartij èn derden tot oplevering van onder hunne berusting zich bevindende stukken konden worden gedwongen. Ik kan niet inzien, dat de bijzondere bepaling ten opzichte van de notarissen gerechtvaardigd wordt door hun karakter van openbaar ambtenaar,

dat hen tot het geven van inlichtingen aan den rechter zou verplichten, daar het hier geldt handelingen welke zij uitsluitend ten behoeve der bijzondere personen hebben in schrift gesteld en het hier niet de vraag is, hoe den rechter in staat te stellen om met behoorlijke kennis van zaken te oordeelen, maar de partijen in staat te stellen tot leveren van bewijs, wat reeds daaruit duidelijk is, dat een door den rechter ambtshalve te geven bevel hier niet is toegelaten. Er wordt door deze dwanguitgifte, wanneer de wederpartij in de akte partij is, langs een omweg inbreuk gemaakt op het nemo cogitur edere contra se, op grond van welken regel art. 1932 § 2 W. 1830 werd verworpen. Want als de wederpartij partij in de akte is dan kan zij zelve van den notaris afschrift van de akte bekomen, art. 839. Zij is dan in staat een afschrift over te leggen; doet zij het evenwel niet, men wil haar niet daartoe gedwongen hebben, omdat het niet oorbaar heet bewijsmiddelen e domo adversarii te putten, maar men geeft toch de bevoegdheid ze te halen niet uit haar eigen huis maar uit het huis, waar zij verplicht was ze gedeponeerd te laten.

Intusschen houdt men dit algemeen zoo zeer voor het meest gewone geval, dat er rechtsgeleerden zijn die de dwanguitgifte in dit geval alleen toegelaten achten. Ik zou meenen dat hier gelijk hebben zij die zich daarop beroepen dat de wet niet onderscheidt, dat zoowel wanneer de wederpartij partij in de akte is, als wanneer zij het niet is de eisch tot dwanguitgifte is toegelaten. De toelating is in het eene en in het andere geval even zeer of even weinig gemotiveerd.

Er bestaat geen reden in eenige bepaling der wet om de oproeping van den notaris of van de partijen in de akte noodzakelijk te achten. De eisch wordt tegen de wederpartij ingesteld. Deze heeft er ook in de eerste plaats belang bij dat aan den eisch niet worde voldaan. De notaris is passief, heeft geen belang over het bevel gehoord te worden dat eens gegeven hem van een hem overigens hinderend verbod op afdoende wijze ontheft. Had de wetgever het hooren van hen die partijen bij de akte waren noodzakelijk geacht, hij had zeker hunne oproeping voorgeschreven en hij had zich daarvan ook dan niet mogen onthouden, indien hij van de onderstelling uitging dat de wederpartij in het geding partij in de akte moest zijn. Immers dan kon daardoor toch niet de oproeping

van de andere partijen in de akte overbodig worden. In het belang van de partijen in de akte moet dus door andere middelen te voorzien zijn. Zij zullen, gelijk OUDEMAN t. a. p. met de PINTO opmerkt, door voeging en, nà het vonnis, door verzet voor hunne rechten kunnen waken. Men besluite niet te spoedig, dat hunne waakzaamheid hier toch niet veel zal vermogen; want de notaris, die de belangen zijner clienten behartigt, zal zich zeker geroepen achten hen met het hem gegeven bevel in kennis te stellen, al is hij daartoe niet verplicht. Overigens zullen de partijen in de akte, den waarborg voor de handhaving hunner belangen wel voornamelijk moeten vinden in het oordeel des rechters, die zeker met de meeste nauwgezetheid zal hebben te overwegen of het belang des eischers zóó is gestaafd dat de exceptioneele maatregel er door gerechtvaardigd wordt. Al zoude het een alles behalve irrationeel voorschrift zijn dat de oproeping van de partijen bij de akte beval, de tegenovergestelde, hier ontwikkelde, stelling wordt volkomen gerechtvaardigd, naar mijn inzien, door de wijze waarop de wetgever wil dat de eisch ingesteld wordt, nl. bij akte van procureur tot procureur, wat alleen kan betrekking hebben op de in het geding tegenover elkander staande partijen. Ook komt het mij voor, dat hetgeen ik tot ontwikkeling over de vooropgestelde stelling aanvoerde voldoende weêrlegt het gevoelen van Mr. PENNINCK, waar hij meent dat ook daarom de eisch tot dwanguitgifte bij dagvaarding en buiten een aanhangig geding moet gedaan kunnen worden, dewijl de partijen bij de akte alleen geacht kunnen worden een rechtmatig belang te hebben den eisch tegen te spreken.

In welken vorm? De eisch tot dwanguitgifte moet, als eene incidenteele vordering, gedaan worden bij eene eenvoudige akte van procureur tot procureur. Art. 833.

Hij wordt ten dage bij de akte bepaald op de terechtzitting gebracht en summier behandeld. Art. 834.

Stond de bepaling van art. 833 geheel op zich zelve, art. 43n van het tarief zou grond geven om te meenen dat de hier bedoelde procureursakte geene middelen behoeft te bevatten. Nu evenwel art. 247 voor alle incidenteele vorderingen eene eenvoudige akte »houdende de middelen en de conclusiën" voorschrijft en die een-

voudige akte voor den eisch van a. 833 de dagvaarding vervangt, alleen omdat die eisch in den loop van een geding gedaan wordt, acht ik ook hier eene gemotiveerde conclusie in de akte noodzakelijk, zooals daarvan een formulier wordt gegeven bij OUDEMAN n°. 293 en bij VAN DEN HONERT-HEEMSKERK n°. 368. Alleen om de meerdere beknoptheid, die aan de volledigheid niet tekort doet, zou ik aan het eerste, dat van OUDEMAN, de voorkeur geven.

Wij hebben gezien dat er afdoende redenen bestaan om aan art. 833 in dien zin eene beperkte beteekenis te geven, dat de eisch tot dwanguitgifte niet anders dan in den loop van het geding, dus alleen als incidenteele vordering kan gedaan worden. Doch, wanneer dit vaststaat, is men dan ook uitsluitend gebonden aan dien vorm van eene beteekende procureursakte? Deze is toch kennelijk in de onderstelling van eene gewone behandeling der hoofdzaak voorgeschreven en moet daarom ook eene oproeping ter terechtzitting inhouden, ten einde tot de summiere handeling van het incident te komen. Evenals art. 247 het vereischte van eene procureursakte algemeen stelt en toch door art. 141 beperkt wordt, zal indien de hoofdzaak summier behandeld wordt, de eisch tot dwanguitgifte bij conclusie ter audientie te dienenden dage kunnen worden ingesteld. Ook is het niet te ontkennen dat er evenzeer noodzakelijkheid tot dwanguitgifte in een geding bij den kantonrechter kan voorkomen. Dan zal wel een mondeling ter audientie gedane eisch moeten worden toegelaten. Zie VAN DEN HONERT—HEEMSKERK t. a. p. *g* 17. Hoe men het evenwel in dit geval met de toepassing van art. 837 in verband met art. 435 moet maken is minder duidelijk. Het is althans wat zonderling daarvoor naar de arrondissements-rechtbank te verhuizen.

S u m m i e r b e h a n d e l d. Er worden dus overeenkomstig art. 138 v. conclusiën ter terechtzitting genomen en dan pleidooien gehouden.

Vonnis en ten uitvoerlegging.

De rechter kan de ten uitvoerlegging van het vonnis niettegenstaande hooger beroep bevelen.

Indien de voorloopige tenuitvoerlegging niet is bevolen kan het vonnis tegen den notaris, die ten gevolge van hetzelve het afschrift of uittreksel der akte moet afgeven, niet ten uitvoer gelegd worden noch door hem daaraan voldaan worden dan acht dagen nadat het vonnis aan de in het ongelijk gestelde partij is

beteekend en met overlegging van de verklaring des griffiers dat op zijne registers geen hooger beroep of cassatie is aangeteekend.

Nadat het vonnis aan de wederpartij en haren procureur is beteekend, wordt zij opgeroepen om op daarbij aangewezen tijd en plaats tegenwoordig te zijn bij het opmaken van het proces-verbaal van de afgifte van het afschrift of uittreksel der akte. Dit procesverbaal wordt door den notaris of bewaarder opgemaakt, die het afschrift of uittreksel opmaakt en afgeeft op de vertooning van het vonnis.

De partijen kunnen van hunne tegenwoordigheid bij het opmaken van dat proces-verbaal gebruik maken om daarin hunne aanmerkingen te doen opnemen omtrent de wijze waarop de notaris aan de hem bij het vonnis opgelegde verplichting al of niet mag hebben voldaan.

Ontstaat daaruit eenig geschil, dan wordt dit op een bij het proces-verbaal bepaalden dag ter rolle gebracht zonder nadere aanzegging.

Is voor de beslissing van dit geschil de vergelijking van de oorspronkelijke akte noodig, dan moet deze door den bewaarder worden medegebracht. In dit geval zal de rechter, na het afschrift of uittreksel met de oorspronkelijke akte vergeleken te hebben, uitspraak doen.

De kosten van het afschrift of uittreksel, van het proces-verbaal en die van de reis of verplaatsing des bewaarders, moeten door den eischer van dwanguitgifte worden voorgeschoten. Artt. 835—837, 66 en 432.

Voorloopige ten uitvoerlegging. »Les jugements rendus en matière de compulsoires et de collations de pièces étant des jugements préparatoires ou d'instruction doivent s'exécuter par provision" zegt JOUSSE op art. 1 tit. XII der ordonnantie I, p. 177. Is deze meening door eene uitdrukkelijke bepaling bevestigd in art. 848 C. de pr., of heeft de fr. wetgever gemeend dat het niet van zelf sprak en dat dus het vonnis niet als preparatoir moest worden beschouwd? Want als het dit karakter wel heeft kan immers geen hooger beroep daarvan ingesteld worden voor dat het eindvonnis is gewezen en niet dan tegelijk met het beroep van dat eindvonnis. Mij komt het voor dat het karakter van het vonnis op een eisch tot dwanguitgifte volkomen aan dat van een

preparatoir vonnis beantwoordt. Doch kon men wellicht in a. 848 C. de Pr. eenvoudig eene bevestiging daarvan en eene toepassing van art. 451 zien; dit is bij ons niet mogelijk, nu de uitvoerbaarverklaring bij voorraad aan het oordeel des rechters is overgelaten (art. 834 »indien de rechter daartoe gronden vindt") en derhalve, welk het karakter van het vonnis zijn moge, de mogelijkheid om daarvan in hooger beroep te komen vóór het eindvonnis noodzakelijk wordt ondersteld en zelfs de verplichte ten uitvoerlegging bij voorraad, om 't karakter van het vonnis en door de uitsluiting van het hooger beroep tot zoolang het eindvonnis niet is gewezen, niet mag aangenomen worden. — Zal de rechter ook bevoegd zijn die voorloopige ten uitvoerlegging tegen het stellen van zekerheid te bevelen? Daar hij haar in 't geheel kan weigeren schijnt, in verband met de algemeene bepalingen omtrent dit onderwerp (art. 52 en 53), daartegen geen bezwaar te bestaan.

Beteekening. Dat, wanneer de voorloopige ten uitvoerlegging niet is bevolen acht dagen na de beteekening aan de partij, met de ten uitvoerlegging door den notaris moet worden gewacht, bepaalt art. 432. Het hooger beroep kan ook niet binnen acht dagen na de uitspraak worden ingesteld, a. 342.

Oproeping om tegenwoordig te zijn. Al is die oproeping niet uitdrukkelijk voorgeschreven, de wet geeft aan partijen de bevoegdheid om bij het opmaken van het proces-verbaal tegenwoordig te zijn en aanmerkingen op de verrichting van den notaris te maken. Even duidelijk is het echter ook dat niet-tegenwoordigheid van eene der partijen het opmaken van het verbaal niet behoeft te beletten. De eischer van dwanguitgifte die de uitvoering van het vonnis vervolgt zal wel in overleg met den notaris tijd en plaats voor de opmaking van het procesverbaal bepalen, doch de wederpartij kan dan daarvan niet anders dan door kennisgeving, die het best in den vorm van eene oproeping geschiedt, kennis dragen. De notaris kan intusschen het afschrift gereed maken, waartoe hij, op vertooning van het vonnis, dus zonder dat dit aan hem behoeft beteekend te worden, kan overgaan, doch hij zal het afschrift niet behoeven af te leveren en het proces-verbaal daarvan zal hij niet behoeven

op te maken dan tegen betaling der kosten (arg. art. 832 en 837) die door den eischer bij voorschot worden betaald, gelijk elk der partijen de kosten voor handelingen, die zij in het geding doet verrichten, betaalt of daarvoor aan zijn procureur een voorschot geeft, om die later op de in 't ongelijk gestelde en in de kosten veroordeelde partij te verhalen.

Aanmerkingen in het proces-verbaal te doen opnemen. De aanmerkingen, welke de partijen op de verrichting van den notaris maken, zullen wel in de eerste plaats betrekking moeten hebben, althans aan de zoodanige denkt men het eerst, op gebrek aan overeenstemming van het afschrift met het oorspronkelijke stuk of den omvang van het uittreksel. Zij zullen om dergelijke aanmerkingen te maken wel in de gelegenheid moeten zijn het oorspronkelijk stuk te vergelijken en de notaris moet wel geacht worden door het vonnis voldoende gemachtigd te zijn om ook in dit opzicht van art. 42 Not.ambt af te wijken. De Code de pr. gaf aan de partijen uitdrukkelijk de bevoegdheid tot die vergelijking en onderstelde ook geen andere geschillen te dezer gelegenheid dan over de niet-gelijkvormigheid. Art. 858. Onze wetgever sprak niet van deze bijzonderheid en ook andere geschillen mogelijk achtende, schreef hij het medebrengen der akten bij de behandeling van de ontstane geschillen, alleen voor, »indien daartoe gronden aanwezig zijn", kennelijk voor het geval dat het geschil over de al of niet gelijkvormigheid van het afschrift of den omvang van het uittreksel liep. Allerlei andere geschillen dan die over deze punten onderstellende liet hij ook niet de beslissing aan den president over, dien de fransche wetgever in kort geding met de vergelijking van de stukken belastte, maar wil hij de geschillen ter rolle gebracht hebben van de rechtbank. Hij achtte het bij de herziening in 1835 noodig om bepaaldelijk uit te drukken, dat vergelijking van de stukken, waar geschil bestaat of het gegeven afschrift getrouw is, of wel het uittreksel al datgene bevat, waarbij partijen belang hebben, door de rechtbank zelve moet geschieden, Van den Honert op § 837. Het komt mij voor dat de bevoegdheid van partijen om de zaak in kort geding te doen beslissen, indien de zaak eene onmiddellijke voorziening vordert, voor alle geschillen die zich bij deze gelegenheid voordoen, door de bepaling van art. 839 vervalt. Zelfs acht ik dit

toepasselijk op het geschil waartoe de weigering van den notaris om het afschrift af te geven mocht aanleiding geven, niettegenstaande het geval geheel zou passen onder het in art. 289 aangehaalde voorbeeld in verbis: »wegens dergelijke verplichtingen van notarissen". Anders OUDEMAN t. a. p. § 115 bl. 237. Zou eene behandeling in kort geding de zaak hier ook wel bespoedigen? De uitspraak van den voorzitter is aan hooger beroep onderworpen, terwijl de uitspraak van de rechtbank als preparatoir voorshands en tot op het eindvonnis aan hooger beroep onttrokken is.

De wet ontheft ook, door dat medebrengen van de akte te bevelen, van het in art. 42 Not.ambt geschreven verbod, al wordt daarop in dat artikel niet uitdrukkelijk gewezen.

De rechtbank zal — uitspraak doen. Indien de rechter mocht bevinden dat er geen overeenstemming tusschen het afschrift en het oorspronkelijk stuk bestaat of dat het uittreksel niet al datgene bevat, waarbij partijen belang hebben, zal zij den notaris kunnen bevelen een vollediger afschrift of uittreksel te maken en daartoe in hare tegenwoordigheid over te gaan, of de verbeteringen in het geleverde stuk doen aanbrengen, of deze in hare uitspraak vaststellen. De woorden der wet zijn m. i. ruim genoeg om de rechtbank bevoegd te achten op eene of andere wijze naar omstandigheden te handelen en dus op de meest geschikte en minst omslachtige wijze de zaak in orde te brengen.

Nadat aan het vonnis tot dwanguitgifte is voldaan, en de daarover ontstane geschillen zijn beslist, wordt op de hoofdzaak voortgeprocedeerd ten gevolge van eene oproeping ter terechtzitting door de meest gereede partij. **Verdere procedure op de hoofdzaak.**

Dit volgt uit den uit vele bepalingen blijkenden algemeenen regel, volgens welken het wederopnemen van de behandeling eener zaak die van de rol geraakt is aan de meest gereede partij wordt overgelaten.

Dat het Ontwerp 1865, hetwelk daaromtrent een ander stelsel volgt, ook hier iets anders voorschrijft laat zich begrijpen. »De rechter bepaalt", dus leest men in art. 12 B. IV, tit. IX, »daarbij (bij zijn vonnis op den eisch tot dwanguitgifte) den dag, waarop

de uitgifte zal plaats hebben, en den dag, waarop de behandeling der hoofdzaak zal worden voortgezet of waarop de geschillen in art. 14 bedoeld (die over het proces-verbaal) ter terechtzitting zullen worden aangebracht".

Het Ontwerp voorziet voorts in het geval dat een eisch tot dwanguitgifte bij het kantongerecht voorkomt door de toepasselijkheid van den regel omtrent incidenteele vorderingen in art. 5 § 1 B. II, tit. 3 voorkomende. Eindelijk wil het de geschillen over het verbaal beslist hebben bij eene in het procesverbaal op tenemen uitspraak, waartegen geene voorziening is toegelaten.

Overigens geeft het Ontwerp evenmin als de tegenwoordige wet eene nadere bepaling omtrent de personen die bevoegd zijn een eisch tot dwanguitgifte te doen. Wel wordt vereischt dat de eischer geen onmiddellijk belanghebbende bij de akte moet zijn maar daaruit volgt nog niet dat hij belanghebbende moet wezen, daar voor onmiddellijk belanghebbenden andere bepalingen gelden en hier dus de rede is van allen die buiten deze categorie van onmiddellijk belanghebbenden vallen.

§ 114. MEDEDEELING VAN STUKKEN.

De regeling van dit incident maakt het onderwerp uit van art. 148—150, die met geringe wijzigingen zijn ontleend aan art. 188—191 C. de Pr. Deze bepalingen waren evenwel door den franschen wetgever in den titel over de exceptiën geplaatst en maakten dáár den inhoud uit van § 5. De fransche schrijvers erkennen de onjuistheid van die qualificatie en wijzen er op dat de bepalingen betreffende de »exceptions dilatoires", tot welke de mededeeling van stukken dan zou moeten behooren, niet toepasselijk zijn. Verg. Dl. I bl. 325. Zijn de bepalingen betreffende dit onderwerp dan nu beter geplaatst in de afd. over het verweren en voldingen? Zij behooren daartoe even zeer of even weinig als de regeling van andere incidenten. Want het middel heeft het karakter van eene incidenteele vordering. Het Ontwerp behandelt het in de tweede afd. van tit. II, die aan de incidenteele vorderingen is gewijd. Waarom het werd afgescheiden van de andere processueele bepalingen over de verschillende bewijsmiddelen die eerst

in de zes laatste afdd. van dien IIden titel behandeld worden, blijkt niet.

De mededeeling van stukken, welke de partijen bevoegd zijn in den loop van een geding van elkander te vorderen, betreft de oorspronkelijke stukken, waarvan afschriften in het geding zijn gebracht. Art. 148. Welke stukken?

Volgens art. 133 § 4 moet de aanlegger bij het exploit van dagvaarding afschrift overleggen van de stukken waarop de eisch gegrond is. Volgens art. 139 moet de verweerder bij zijne conclusie van antwoord afschrift overgeven van de stukken van welke hij zich te zijner verwering wil bedienen. Volgens art. 143 en 144 doen de verweerder bij schriftuur van antwoord, en de eischer bij schriftuur van repliek, aanbod van afschrift van de stukken waarop de verwering of de eisch is gegrond. Tot het bekomen van de in deze onderscheiden gevallen bedoelde afschriften is het derhalve niet noodig eene vordering in te stellen. Werden die afschriften niet overgelegd noch aangeboden dan is, m. i., de wederpartij gerechtigd om zich tegen een beroep op den inhoud van zoodanige stukken, als niet in het proces gebracht op de door de wet voorgeschreven wijze, te verzetten, en zullen daarop door de partij, die dit verzuimde en die van de stukken gebruik verlangt te maken, alsnog afschriften overgelegd kunnen worden. Want de sanctie van de verplichting tot overlegging ligt niet in verval van de bevoegdheid daartoe maar in de kosten, art. 133. Heeft evenwel de wederpartij zich in een debat over den inhoud van niet overgelegde stukken, waarop de andere zich beroept, ingelaten, daardoor toonende met den inhoud voldoende bekend te zijn, dan moet zij daardoor wel verwerken de bevoegdheid die zij anders had om de stukken buiten het geding te houden, en heeft zij geen behoefte om alsnog het overleggen van afschrift te vragen. Art. 188 C. de pr. had tweeërlei strekking, zooals GARSONNET dit aangeeft, zeggende: »On demande par ce moyen de procédure: 1°. la communication des copies, si elles n'ont pas été signifiées avec l'exploit d'ajournement ou avec les défenses: 2°. la communication des originaux, si les copies ont été signifiées". § 312, II, p. 437. De uitbreiding, die CARRÉ Q. 788 en met hem CHAUVEAU e. a. aan de toepasselijkheid van art. 188 geeft, ligt buiten

de grenzen van deze bepaling. Past men het op andere gevallen toe, dan moet de bevoegdheid om mededeeling in zoodanige gevallen te vragen van elders vast staan. Het gaat volstrekt niet aan uit een beperkte regeling van de wijze waarop mededeeling wordt gevraagd tot eene uitgebreider bevoegdheid te besluiten. Maar de uitlegging door GARSONNET in de boven aangehaalde bewoordingen aan art. 188 gegeven is juist. Want het artikel spreekt van mededeeling van stukken »qui ont été signifiées ou employées". Bij ons kan men hetzelfde echter niet aannemen. Art. 148 spreekt uitdrukkelijk en uitsluitend van »mededeeling van de oorspronkelijke stukken, welke tegen hen worden gebruikt". Van zoodanige stukken wordt, naar de bepaling der wet, gebruik gemaakt door het overleggen van afschriften en zoo is de bepaling, gelijk zij geschreven is, uitsluitend een terugslag op art. 1925 volgens hetwelk de vertooning van het oorspronkelijk stuk altijd kan gevorderd worden. Voor het bekomen van niet in afschrift overgelegde maar wel gebruikte stukken bestaat aan de vordering tot mededeeling naar onze wet ook geen behoefte. Verg. OUDEMAN I, bl. 191, DE PINTO II, bl. 269. Wanneer dan de eisch of de verdediging berust op eene notarieele akte dan zal een afschrift van de expeditie overgelegd zijn; berust zij op eene notarieele akte waarvan de minuut is afgegeven of op eene onderhandsche akte dan is van dezen een afschrift overgelegd en de andere partij zal, de mededeeling vorderende, van deze laatsten het werkelijk oorspronkelijk stuk te zien krijgen; van de notarieele akte waarvan eene expeditie is afgegeven en waarvan de minute onder den notaris is verbleven, zal de partij niet dan de oorspronkelijke expeditie kunnen mededeelen en van haar zal de mededeeling der minute niet kunnen gevorderd worden omdat zij deze niet heeft en niet mag hebben. Is zij daarom niet te krijgen? Dit zien wij later, bl. 234. Van eene akte van den burgerl. stand zal een behoorlijk gelegaliseerd afschrift overeenkomstig art. 24 B. W. kunnen worden overgelegd, maar dewijl dit de bewijskracht van de oorspronkelijke in het register opgenomen akte heeft, komt het hier op dit laatste stuk minder aan. De mededeeling van koopmansboeken naar art. 12 en 13 K. staat met de hier bedoelde mededeeling in aard geheel gelijk, wanneer uittreksels daarvan tot staving eener bewering zijn overgelegd, doch zij wordt met de door den rechter ambtshalve bevolen open-

legging en die, welke het gevolg mag zijn van het aanbod van de tegenpartij om zich aan des tegenstanders boek te gedragen, door de bijzondere voorschriften van die artt. van het W. v. K. beheerscht. Zie bl. 239 en 241.

Andere gevallen waarin mededeeling van stukken in het geding kan gevraagd worden zijn hier niet geregeld.

De vordering tot mededeeling behoeft geen anderen grond dan dat een afschrift van het stuk is overgelegd en voorts het in art. 1925 B. W. in het algemeen toegekende recht op vertooning van het oorspronkelijke stuk. Allerminst wordt daartoe vereischt de bewering dat het overgelegde afschrift niet met het oorspronkelijke stuk zou overeenstemmen. Op welken grond?

De jurisprudentie van den H. Raad, althans zooals deze zich heeft geuit in arresten van 15 Oct. 1852 en 26 April 1861, is met deze stelling in strijd. De H. Raad wil dat de vertooning alleen kan gevorderd worden, wanneer wordt beweerd dat de afschriften met het oorspronkelijk stuk niet overeenstemmen en dat moet blijken dat de eischer bij de vertooning belang heeft. Intusschen is terecht daartegen opgemerkt dat èn de letter èn de uit de wording van art. 1925 blijkende bedoeling des wetgevers met die meening in strijd zijn en dat het belang, hetwelk ook al niet uitdrukkelijk wordt gevorderd, voldoende daarin ligt dat de eischer zich van de overeenstemming van het afschrift met het oorspronkelijk stuk wil overtuigen, terwijl dit voor hem daarom van belang is, dewijl hij, naar de duidelijke bepaling van art. 1925, het afschrift alleen indien het aan dat vereischte van overeenstemming voldoet, behoeft te gelooven. De jurisprudentie van den H. R. heeft dan ook vrij algemeen bestrijding ontmoet. Alleen Mr. v. BELL bl. 64 wil gronden aangevoerd hebben buiten de door mij in den tekst vermelde. Zie OUDEMAN I, bl. 190 n^t^ 4 en de daar aangeh. litteratuur, waarbij te voegen DIEPHUIS Syst. II, bl. 432 a. h. e. vv. Ik zal gelegenheid hebben nog nader op dit punt terug te komen. Zie bl. 236.

De vordering wordt in zaken van gewone behandeling gedaan bij eene akte van procureur tot procureur; in summiere zaken en bij gevolg ook in zaken op korten termijn, bij eene in schrift gestelde ten dage dienende genomene conclusie. Art. 148 § 2. Op welke wijze?

Bij den kantonrechter wordt de vordering als elke andere mondeling ter terechtzitting gedaan.

De aanwijzing van den vorm in § 2 zoo uitdrukkelijk voor de onderscheiden soorten van zaken gedaan slaat terug op de in § 1 »in alle soort van zaken" toegekende bevoegdheid. Terwijl dit laatste niet zou betwijfeld zijn, als de bevoegdheid eenvoudig zonder nadere bepaling was toegekend, zou ook de vorm wel zonder nadere aanduiding uit art. 141 en 247 opgemaakt kunnen worden. De bijzonderheid van deze regeling ligt dan ook niet zoozeer in de wijze waarop de mededeeling gevraagd, maar wel in de wijze waarop de zaak nader behandeld wordt. De uitdrukkelijke vermelding van de zaken op korten termijn zou ten onrechte kunnen doen onderstellen, dat zij anders niet onder de summiere zaken waren begrepen. — Bij het kantongerecht zouden deze bepalingen niet toegepast kunnen worden. Art. 99 brengt noodzakelijk mede de wijze van behandeling als in den tekst. Verder zullen de bepalingen van art. 149 en 150 daar ook wel zooveel mogelijk bij analogie moeten worden toegepast, want de bevoegdheid om mededeeling te vragen, vloeit uit de algemeene bepaling van art. 1925 B. W. voort. En terwijl de mogelijkheid bestaat dat het gebruik maken daarvan bij het kantongerecht te pas komt, kan die bevoegdheid niet vervallen omdat de wijze waarop niet opzettelijk voor het kantongerecht geregeld is.

De wet spreekt hier niet van eene eenvoudige akte wat zij zoo dikwijls doet, ook niet als in art. 247 van eene »eenvoudige akte houdende de middelen en de conclusiën". De akte kan al heel eenvoudig zijn en er zal zelfs aan de middelen en de conclusie niet ontbreken, wanneer zij eene sommatie bevat om de in afschrift overgelegde stukken in originali tegen ontvangbewijs of ter griffie mede te deelen. Want de overlegging in afschrift is het feit waarop de vordering steunt en de algemeene rechtsregel welke de bevoegdheid toekent om op grond daarvan mededeeling te vragen is zonder eenige beperking zoo duidelijk in art. 1925 B. W. en art. 148 toegekend en mag zoo bekend geacht worden dat een uitdrukkelijk beroep daarop onnoodig mag schijnen, terwijl dat beroep van zelf in de vordering tot mededeeling stilzwijgend ligt opgesloten. Het voorwerp van de vordering behoeft

ook, waar de stukken zijn aangeduid, geen nadere formuleering. Verg. formulier n°. 51 bij OUDEMAN en n°. 61 bij VAN DEN HONERT—HEEMSKERK. Ook zie ik niet in, hoe de conclusie, welke in zaken van summiere behandeling op de terechtzitting genomen moet worden, eenig motief zal bevatten dat niet in het petitum der conclusie, zooals OUDEMAN dit t. a. p. voorstelt, duidelijk opgesloten ligt.

Eene mondeling gedane vordering tot mededeeling, als de fransche praktijk schijnt toe te laten (verg. GARSONNET § 312) zou in summiere zaken op zich zelf geen bezwaar hebben; de wet vordert echter in art. 148 eene schriftelijke conclusie.

Wordt aan de sommatie niet voldaan, dan roept de partij die de mededeeling verlangt de wederpartij ter terechtzitting (bij avenir, art. 145) om ter zake conclusiën te nemen. Zoo zal in summiere zaken, de wederpartij in geval zij gronden meent te hebben om de mededeeling te weigeren, de genomen conclusie met eene conclusie beantwoorden. Alleen in dit geval zal een vonnis van den rechter noodig zijn om de mededeeling te bevelen of de vordering daartoe te ontzeggen. Procedure. Overlegging enz.

Verklaart de wederpartij zich tot de mededeeling der stukken bereid, dan wordt eenvoudig daarvan ter terechtzitting akte verleend.

De mededeeling geschiedt dan ter keuze van dengene die haar te doen heeft in der minne tegen ontvangbewijs (recepis) van den procureur, of door nederlegging ter griffie. In dit laatste geval wordt van de overlegging ter griffie eene akte door den griffier opgemaakt en van de overlegging zelve, bij akte van procureur tot procureur, aan de wederpartij kennis gegeven met opgaaf van den tijd gedurende welken de stukken daar ter inzage zullen verblijven, evenals die tijd bij het ontvangbewijs kan worden aangewezen, of in het vonnis wanneer dit over de mededeeling gegeven werd.

De termijn is zonder nadere bepaling van drie dagen.

Indien de stukken ter griffie zijn nedergelegd, worden zij na afloop van den termijn door de partij die ze mededeelde, teruggenomen. Geeft de procureur, die de stukken tegen ontvangbewijs overnam, ze binnen den bepaalden termijn niet terug dan kan hij tot die teruggave worden genoodzaakt zelfs bij lijfsdwang en

veroordeeld tot vergoeding der kosten, schaden en interessen bij een bevelschrift door den president op verzoek der wederpartij uit te vaardigen en op het verzoekschrift te stellen. Art. 149, 150.

Wordt aan de sommatie niet voldaan enz. De wetgever onderstelt dit geval niet. Het kan niettemin voorkomen en is wel voorgekomen. Dan wordt het incident tot eene incidenteele procedure en is wel geen andere behandeling dan de aangegevene mogelijk. Verg. v. d. Honert—Heemskerk, aant. op n°. 61. Alleen in dit geval komt mij een vonnis noodzakelijk voor en ik meen dat ook in de praktijk dit aldus wordt begrepen.

In het Ontwerp wordt een vonnis vooral daarom noodig, dewijl, naar het daarbij aangenomen algemeen beginsel, de rechter den dag bepalen moet waarop partijen, na afloop van de door den rechter bepaalde termijnen voor de mededeeling en teruggave der stukken, gehouden zullen zijn voort te procedeeren. Wellicht ware die dag nog wel aan te wijzen zonder een vonnis noodzakelijk te maken. Art. 5 van B. II, tit. 2 en de toel.

Quid, als de wederpartij niettegenstaande hare bereidverklaring of veroordeeling tot mededeeling daaraan niet voldoet? Garsonnet antwoordt: »le tribunal peut tenir la pièce communiquée pour inexistante et tirer de là pour la solution du procès telles conséquences que de droit". Inderdaad is geene andere oplossing mogelijk. En wanneer art. 1925 zegt dat de bewijskracht in de oorspronkelijke akte is gelegen, dat daarom de wederpartij met het overgelegde afschrift geen genoegen behoeft te nemen, maar de vertooning van het oorspronkelijk stuk kan vorderen, dan is het geen gewaagde gevolgtrekking als men zegt, zoolang 't oorspronkelijk stuk niet is vertoond, hebben die afschriften hetzelfde gevolg als ware geen schriftelijk bewijs in 't proces gebracht, er mag dus niet op gelet worden. Verg. de Pinto II, bl. 270, v. die daarbij een onderscheid maakt tusschen verbod aan de partij om van de stukken gebruik te maken en verplichting des rechters om niet op de stukken te letten, wat mij niet recht duidelijk is. Intusschen acht ik eene uitdrukkelijke bepaling als het Ontwerp t. a. p. in art. 6 § 1 inhoudt niet overbodig.

De wijze waarop de mededeeling geschiedt is wel niet zoo duidelijk in art. 149 bepaald als in art. 189 C. de pr., maar kan

toch daaruit, ook in verband met art. 167, wel worden afgeleid als in den tekst geschiedt. DE PINTO t. a. p. OUDEMAN § 74.

Al heeft de wetgever het in art. 150 boven twijfel gesteld dat het bevelschrift van den president moet gevraagd worden, heeft hij daarom de bepaling van art. 191 C. de pr. niet in allen opzichte verbeterd. Mij komt althans die oplegging van schadevergoeding (nog wel »indien daartoe gronden zijn" terwijl toch in ieder geval de partij kosten voor het bekomen van het bevelschrift heeft moeten maken) als middel om tot teruggave te noodzaken, minder doelmatig voor dan eene bepaalde som voor ieder dag verzuim.

Art. 192 C. de pr. onderstelt de mogelijkheid van verzet tegen het bevelschrift en regelt de gevolgen indien de procureur daarop in het ongelijk gesteld wordt. Moet van het stilzwijgen der wet nu het gevolg zijn dat verzet is uitgesloten? De grond door DE PINTO, t. a. p. bl. 272, voor de bevestigende beantwoording dier vraag ontleend aan de uitsluiting van verzet tegen een bevelschrift om op korten termijn te dagvaarden komt mij minder afdoende voor, dewijl de inhoud van dit bevel eene veroordeeling enz. inhoudt, het andere niet; de ontkennende beantwoording acht ik evenmin gestaafd met een beroep op de analogie van a. 293 en 294, v. D. HONERT—HEEMSKERK aant. op n°. 63, niet alleen omdat wij hier niet met een kort geding te maken hebben, maar omdat hier in 't geheel van geen geding sprake is en het verzet van art. 294 onderstelt een verleend verstek en eene veroordeeling bij verstek, terwijl hier de oproeping van de tegenpartij niet is voorgeschreven, maar veeleer een dwangschrift met executoriale kracht op eenzijdige aanvraag werd verleend. Ik zie evenwel niet in, waarom hier verzet tegen de ten uitvoerlegging, naar art. 438, zou zijn uitgesloten en acht in die bepaling eene verklaring gelegen van de weglating van art. 192 C. de pr., dat de oppositie tegen het bevel oneigenaardig een incident (dus in 't aanhangig geding?) noemde.

Zal de kantonrechter bevoegd zijn casu quo zoodanig bevelschrift te verleenen? de toegepaste lijfsdwang maakt het zeer twijfelachtig en in 't Ontwerp wordt de lacune in de wet te recht aangevuld door den kantonrechter de gelijke bevoegdheid tot uitvaardigen van een bevelschrift te geven. Art. 6.

Aanm. De omslag en verwikkeling, waartoe dit oogenschijnlijk zoo eenvoudige incident aanleiding kan geven, zullen zich in de praktijk daarom minder voordoen, omdat gelijk DE PINTO zegt: »de mededeeling meestal geschiedt tusschen de procureurs in der minne, zonder eenige formaliteit"; »eene eerlijke en loyale praktijk", voegt hij er bij, »brengt dit mede; en het ware belang der partijen vordert het", § 122 a. h. e. In Frankrijk handelt men evenzoo, GARSONNET II, p. 438. Het beginsel der verplichte vertegenwoordiging maakt die handelwijze mogelijk, doch het beperkt aantal procureurs maakte de toepassing wellicht gemakkelijker. Voorts dient men in het oog te houden dat men het met het gebruik maken van dit middel niet altijd zoo ernstig meent. Want ook bij ons zal wel voorkomen waarop gewezen wordt door GARSONNET p. 282: »il se peut qu'au jour fixé les avoués soulèvent un incident au lieu de conclure sur le fond du procès, ou qu'à seule fin de retarder de quelques jours la prise de conclusions qui ne sont pas encore prêtes, ils demandent pour la forme une communication de pièces qui n'est aucunement refusée". Zou onze wetgever dit zóó gewoon hebben gevonden, dat hij er daardoor toe kwam de bepalingen over de mededeeling van stukken in de afdeeling over het verweren en voldingen op te nemen?

Hoe met de minuten van not.-akten?

Wanneer de tot dusver behandelde mededeeling van stukken betrekking heeft op notarisakten, dan zal de partij die de mededeeling vroeg, van de wederpartij in de meeste gevallen niet anders dan een afschrift, expeditie of grosse van het oorspronkelijke stuk te zien krijgen, dewijl die expeditie of grosse het oorspronkelijk stuk is waaraan het in het geding overgelegde afschrift is ontleend. De wederpartij kan het eigenlijke oorspronkelijke stuk, de minute, niet opleveren, dewijl de notaris geene minuut hoegenaamd uit zijne handen mag geven dan in de gevallen bij de wet voorzien en krachtens een vonnis of bevelschrift van den rechter met in achtneming der bepalingen, bij het wetboek van burgerlijke rechtsvordering en dat van strafvordering voorgeschreven. (Art. 41 Not.ambt).

De vertooning van het oorspronkelijke stuk (de minuut) zal dan niet anders kunnen worden verkregen dan krachtens een vonnis, waarbij, op de vordering van de partij welke de vertooning verlangt, de notaris gelast wordt de minuut in den gerechte te vertoonen ter inzage.

In het O. 1820 werd, in art. 3335 en 3336, aan de grossen of eerst uitgegeven afschriften van authentieke akten en aan afschriften op rechterlijk gezag in tegenwoordigheid van de partijen opgemaakt dezelfde bewijskracht toegekend als aan de minute, tenzij door de partij tegen welke de grosse wordt aangevoerd mocht kunnen bewezen worden dat zij met de minute niet overeenkomen. Minder volledige bewijskracht kende het Ontwerp in art. 3337 toe aan kopijen, welke nà de uitgifte der grosse gemaakt zijn naar de minute of oorspronkelijke stukken door openbare autoriteiten of ambtenaren bij welke de minuten bewaard worden. Wel wordt van deze gezegd dat zij ook »duchtig tot bewijs" zijn, doch tevens aan belanghebbenden het recht toegekend om, in geval van gegrond vermoeden dat een zoodanig afschrift met het oorspronkelijke stuk niet overeenkomt, te vorderen dat de beide geschriften ten overstaan van den rechter nagezien en met elkander vergeleken worden. Houdt men nu in het oog, dat de in art. 3337 genoemde stukken, hoe duchtig dan ook tot bewijs, uit hun aard minder krachtig bewijs opleveren dan de stukken in art. 3335 en 3336, wat bevestigd wordt door bepalingen als van art. 1335 n°. 1 vergeleken met n°. 2 C. C. (art. 1926 n°. 1 en 2 B. W.), dan komt dat verschil in bewijskracht naar het O. 1820 daarin uit, dat de kracht van de in art. 3335 en 3336 genoemde stukken niet anders kan bestreden worden dan door eene betichting van valschheid. De partij moet bewijzen en derhalve beweren dat zij met de minute niet overeenkomen. Eerst als zij dat durft beweren kan tot eene vergelijking van het oorspronkelijke worden overgegaan. Wat de stukken van 3337 betreft, van welke de mogelijkheid van niet-overeenstemming eerder aannemelijk is, belanghebbenden kunnen daarvan, zonder valschheid te beweren, de vergelijking met het oorspronkelijk vorderen, maar zij zullen daartoe toch niet worden toegelaten, tenzij een gegrond vermoeden van niet-overeenstemming is aangevoerd. Door deze bepalingen werd de bewijskracht van de oorspronkelijke stukken geheel of voor een goed deel op de daar genoemde afschriften overgebracht.

Een andere leer is die van den franschen Code en van onze wet. Zoolang de oorspronkelijke stukken bestaan, hangt de bewijskracht der afschriften, met welke waarborgen voor hunne juistheid ook opgemaakt, van hunne overeenstemming met de oor-

spronkelijke stukken af. Onze wetgever geeft het nog duidelijker dan de fransche te kennen door uitdrukkelijk op den voorgrond te stellen, dat de kracht van een schriftelijk bewijs in de oorspronkelijke akte gelegen is. Het onmiddellijk gevolg daarvan is dat degene, tegen wien een afschrift van eene akte als bewijsstuk wordt aangevoerd, dat niet als zoodanig behoeft te laten gelden, maar dat hij kan verlangen dat overeenstemming van het afschrift met het oorspronkelijk stuk worde aangetoond. Daartoe heeft hij het recht, steeds, d. i., zonder eenige beperking ten zij die uit andere wetsbepalingen mocht voortvloeien, de vertooning van het oorspronkelijk stuk te vorderen (art. 1925 B. W.) Hij behoeft daartoe niet, zooals naar art. 3335 en 3336 O. 1820, de niet-overeenstemming te beweren en bij gevolg te bewijzen; hij behoeft niet, als naar art. 3337, een gegrond vermoeden van niet-overeenstemming aan te voeren om de vergelijking der stukken te kunnen vorderen; het ligt daarentegen op den weg van hem die zich op het afschrift beroept de overeenstemming van de stukken te bewijzen en alzoo het oorspronkelijke stuk voor te leggen of te laten voorleggen. Zie hierboven bl. 229. De onjuistheid van de ald. bestreden arresten van den H. Raad komt m. i. te sterker uit, als wij de bepalingen van onze wet met die van het O. 1820 vergelijken.

Intusschen werd, zoo de vertooning van het oorspronkelijk stuk van de partij wordt gevorderd, van die partij iets gevorderd waartoe zij uit zich zelve niet in staat is. Zij kan althans van de notaris-akte alleen een afschrift of grosse verkrijgen; de notaris mag, naar de in den tekst aangehaalde bepaling van de wet op het not.ambt, de minuut niet afgeven dan in de gevallen bij de wet voorzien en krachtens een vonnis of bevelschrift van den rechter met inachtneming der bepalingen bij het wetb. v. burg. rechtsv. en dat van strafvord. voorgeschreven. Het is duideijk dat de wetgever, voor zoover hij daarbij aan het geding over de echtheid of onechtheid van geschriften in burgerlijke zaken heeft gedacht, het oog had op het bevel van den rechter of van den rechtercommissaris in art. 185 bedoeld, doch dit heeft alleen betrekking op een stuk dat tot vergelijking moet dienen en zich onder bewaring van een openbaar ambtenaar bevindt. Het stuk zelf, waarvan de valschheid moet worden onderzocht, wordt ondersteld in het geding te zijn. Maar hoe komt het daarin als het

is de minuut van een notarisakte? Eene bepaling als wij in art. 276 Strafv. aantreffen, volgens welke alle openbare of bijzondere bewaarders van stukken, welke beweerd worden valsch of vervalscht te zijn, verplicht zijn, op straffe van daartoe bij lijfsdwang genoodzaakt te worden, die stukken op een bevelschrift van het gerechtshof of van de arrondissements-rechtbank ter griffie van den hove of van de rechtbank in bewaring te geven, ontbreekt in het wetb. van burgerl. rechtsv. Doch zoover zijn wij ook nog niet, wanneer nog pas de vertooning van het stuk gevorderd wordt. Daarin ligt nog volstrekt geene betichting van valschheid, al kan deze er misschien uit voortvloeien.

Moet men aannemen dat, dewijl de wetgever wel in de eerste plaats, zoo niet uitsluitend, in art. 41 Not.-ambt, gedacht heeft aan de gevallen in art. 185 B. R. en art. 276 Strafv. vermeld, omdat dáár van gevallen in de wet voorzien in verband met een vonnis of bevelschrift de rede is, de opvordering der minute, buiten dat geval en in 't bijzonder in het geval dat slechts vertooning tot vergelijking van dat oorspronkelijke stuk met het afschrift verlangd wordt, niet is toegestaan? Maar hoe dan met de stukken die tot vergelijking moeten dienen in het strafproces, waaromtrent eene bepaling als van art. 185 B. R. in het wetb. van Strafv. niet voorkomt? hoe met het oorspronkelijk stuk dat van valschheid beticht wordt in het burgerl. proces? Vinden wij bovendien niet in het Wetb. v. B. R. een geval, waarin, zonder vonnis hetwelk de vertooning gelast, de openbare ambtenaar tot vertooning van een stuk verplicht is en dit moet medebrengen? Zie art. 837 B. R.

Daarom moet men ook hier veeleer aannemen dat, waar eene bevoegdheid om te vorderen wordt gegeven, ook de uitoefening van die bevoegdheid mogelijk moet zijn en dat alzoo de vordering tot vertooning van een oorspronkelijk stuk, naar art. 1925 B. W., moet gedaan worden langs dien weg welke, overeenkomstig den bijzonderen aard van dit bijzonder geval, het best met de algemeene en de over dergelijke gevallen bijzondere bepalingen van burgerl. rechtspleging in overeenstemming is.

Op de wijze voor de incidenteele vorderingen voorgeschreven, zou ik meenen dat bij conclusie ter audiëntie, in gewone zaken na voorafgaande beteekening bij akte van procureur tot procureur en oproeping, werd gevorderd dat den ambtenaar onder wiens

berusting het oorspronkelijke stuk is, worde gelast dit stuk op een daartoe aangewezen terechtzitting te vertoonen ten einde het met het afschrift worde vergeleken en dat de partij (die het afschrift in 't geding bracht) dit hebbe te gedoogen. De oproeping van den notaris in dit geding is geheel overbodig. Hij staat geheel buiten het recht van en het geschil tusschen partijen evenals de hypotheekbewaarder in een geschil over de doorhaling van een hypothecaire inschrijving waartoe een ingeschreven schuldeischer wordt aangesproken.

Ofschoon art. 41 Not.-ambt, ook als men op de redactie let, terugslaat op art. 185 B. R. en 276 Sv., waar wij te doen hebben met een geval bij de wet voorzien waarin een vonnis of bevelschrift van den rechter noodig is, zoo levert niet alleen art. 837 B. R. een voorbeeld op van een geval bij de wet voorzien zonder dat tot de oplevering een vonnis of bevel noodig is, maar is dit evenzeer het geval in de wet op de registratie, volgens welke de minuut aan den ontvanger moet worden uitgereikt om de registratie te verkrijgen waarvan het relaas op die minuut moet gesteld worden artt. 7, 57 Frimaire VII. Zoo behoeft evenmin het bevel of vonnis beperkt te worden tot een geval bij de wet voorzien, maar zal dit evenzeer toegepast worden wanneer een vonnis is verkregen krachtens eene aanspraak uit de wet voortvloeiende en dus op de wet gegrond.

Opmerking verdient dat in de stukken omtrent het bewijs van 1804, waarin hetzelfde beginsel omtrent de bewijskracht van afschriften gehuldigd wordt, de toepassing daarvan in het proces opzettelijk wordt geregeld in de navolgende bepalingen, welke mij van genoeg belang voorkomen om ze hier over te schrijven.

Art. 38. De kracht van het bewijs is gelegen in de oorspronkelijke brieven zelve. art. 39. Zoodanige gewettigde afschriften evenwel, welke op last van eenig collegie gegeven, of door een Secretaris, Notaris of dergelijken openbare ambtenaren voor echt en met Oorsprongelijke gelijkluidend erkend zijn, zijn ook duchtig tot Bewijs.

Art. 40. De naarziening der oorsprongelijke Stukken echter kan aan de Belanghebbenden niet geweigerd worden.

Art. 41. Deze naarziening en beschouwing moet geschieden ten overstaan van den Rechter of van zoodanige onzijdige Persoonen als dezelve daartoe bijzonderlijk gelast.

Art. 42. In dat geval echter blijven de oorsprongelijke Stukken berusten bij hem, in wiens bezit zij waren, ten zij in dezelve zoodanig gebrek of valschheid gelegen was, dat de Rechter, op aanvrage der Tegenparthij, begreep dezelve, tot het uiteinde der Zaak, onderzich te moeten houden.

Niettemin komt het mij voor dat het stelsel van O. 1820 boven dat van den C. C. en van onze wet de voorkeur verdient, het eenvoudigst is en het meest met de behoeften van de praktijk overeenstemt. In dat stelsel zijn ook zeer doelmatig de bepalingen van art. 3341 en 3342 omtrent de bewijskracht van uittreksels.

Met opzicht tot onderhandsche akten bestaat de hier besproken moeilijkheid natuurlijk niet. Alleen wanneer zij aan een notaris in bewaring mochten zijn gegeven zal ook deze zich daarvan niet kunnen ontdoen dan op verzoek van hen die de akte in bewaring gegeven hebben. Is dit eenig en alleen de partij die een afschrift van die onderhandsche akte in het geding bracht dan is er geen bezwaar.

Ofschoon ook in artikel 1923 B. W. van eene mededeeling van stukken in een geding de rede is, valt dit geval toch buiten de bepalingen van artt. 148 vv. **Wat niet onder mededeeling behoort.**

Op de incidenteele vordering, krachtens art. 1923 ingesteld, zijn, evenals wanneer van de bij artikel 11 W. v. K. bedoelde bevoegdheid in den loop van een geding gebruik wordt gemaakt, de bepalingen van art. 141 en 247 toepasselijk.

Een ruimer en vrijer gebruik zal aan de wederpartij van deze stukken verschaft moeten worden, in zoover zij gezegd kunnen worden haar mede toe te behooren.

De openlegging der boeken naar art. 12 W. v. K. kan, als mededeeling van het oorspronkelijk stuk, vallen in de bepaling van art. 148. De mededeeling, welke hier evenwel door eene openlegging geschiedt van de boeken, voor zooveel het punt in geschil betreft, heeft met medewerking van den rechter plaats, in zoover als deze het boek inziet en dat gedeelte of die bladen van het boek aanwijst, welke door de partij kunnen worden ingezien of afgeschreven. De bijzondere opdracht aan den plaatselijken rechter is ook alleen op deze mededeeling door openlegging der koopmansboeken van toepassing. **Openlegging van koopmansboeken in hoeverre?**

De in artikel 1923 B. W. aan partijen toegekende bevoegdheid is van geheel anderen inhoud dan die waarover art. 148 handelt. Verlangt de partij in dit laatste geval de vertooning van een aan de wederpartij toekomend stuk om dit met het door haar daarvan overgelegde afschrift te vergelijken en in verband daarmede de juistheid van het afschrift en zijne daarmede samenhangende bewijskracht te beoordeelen, art. 1923 onderstelt dat de stukken gemeen zijn en dat dergelijke stukken zich onder berusting van eene der partijen bevinden. Deze, daarop evenveel recht hebbende als de andere, is bevoegd daarvan gebruik te maken, onverschillig of de andere partij zoodanig stuk in het geding gebracht heeft of niet. Het is hier niet om de vergelijking van een afschrift met het oorspronkelijk stuk te doen maar om daarvan in het geding, want het stuk moet de zaak in geschil betreffen, gebruik te maken en dan ook zoodanig gebruik als de partij die de mededeeling vordert, daarvan zal meenen te kunnen maken. Een ruimer en vrijer gebruik dan art. 149 onderstelt, kan derhalve allezins noodzakelijk zijn en de wijze van mededeeling die dáár voorgeschreven wordt, niet altijd de geschiktste zijn, al zal ook van de daar aangegeven wijze gebruik gemaakt kunnen worden. Terwijl de wet hier niets bepaalds voorschrijft, zal alles van de omstandigheden afhangen en ten slotte aan het oordeel des rechters zijn overgelaten. Zoo zal de vordering kunnen strekken om de mededeeling te doen door de stukken overeenkomstig art. 1922 op een derde plaats in bewaring te brengen ten einde daarvan inzage te nemen of afschriften en uittreksels te maken. Die derde plaats zal hier de griffie niet behoeven te zijn. Zijn de stukken, krachtens art. 1127 of 1123 B. W. onder berusting van de partij gekomen, de wijze waarop de verplichting tot mededeeling te vervullen is, wordt in die artikelen aangewezen. Zoo zal het ook verschil maken, of, waar op grond van artikel 11 K. mededeeling van de boeken gevraagd wordt, de boeken tot de zaken van een overledene betrekking hebben of tot de zaken van eene ontbondene vennootschap. In het eerste geval kan licht art. 1128 B. W. toepasselijk zijn; in het laatste waarborgt art. 35 K. aan de vennooten of hunne rechtverkrijgenden den vrijen toegang tot de boeken en zal wellicht meer dan inzage of 't nemen van afschrift kunnen toegestaan worden. Behooren de boeken tot eene zaak die nog gedreven wordt, er zal gelet behooren te worden

op de omstandigheden of en in hoeverre zij uit het bedrijf kunnen worden gemist. Ofschoon in het algemeen hetzelfde beginsel de onderscheiden in art. 11 vermelde gevallen beheerscht, is toch de gerechtigheid van erfgenamen en vennooten eene andere dan die van crediteuren in een faillissement. De aan dezen toegestane gelegenheid om inzage van de boeken te nemen door mededeeling ter griffie ligt daarbij meer voor de hand. Dat dit evenwel zou moeten geschieden en de mededeeling niet bij een der Curators, die de boeken onder zich heeft, zou kunnen geschieden, gelijk CHAUVEAU meent met een arrest van het Hof van Rennes (n[t] 3 op Q. 792 bij CARRÉ) is, volgens onze wet, die de mededeeling ter griffie alleen beveelt voor de oorspronkelijke stukken waarvan afschrift in 't geding werd overgelegd, niet juist.

De toepassing van art. 141 en 247 zal wat de vordering van de laatst besproken mededeeling betreft niet veel verschil maken; maar, terwijl bij de mededeeling van de oorspronkelijke stukken eene weigering nauwelijks te wachten en zelfs de mededeeling in der minne voor de hand ligt, omdat de partij die een afschrift in het geding brengt van het geschrift wil gebruik maken tot bewijs, en dit doet wetende dat het daarbij ten slotte op het oorspronkelijk stuk kan aankomen, is hier tegenspraak eer te wachten omdat de mededeeling juist kan gevorderd worden van stukken die de wederpartij het in haar belang kan achten buiten 't geding te houden en de andere partij daaruit bewijs putten wil. In ieder geval is hier sprake van eene vordering tot oplevering van iets wat ons rechtens toekomt en dient alzoo de gewone procedure van eisch en antwoord te worden in acht genomen, zoodat een formeel vonnis van den rechter niet kan uitblijven. Dit laatste kan, maar behoeft bij de mededeeling van oorspronkelijke stukken, gelijk wij zagen, niet altijd uitgesproken te worden.

Bij eene openlegging van boeken naar art. 12 of 13 K., ofschoon deze wel kan plaats hebben naar aanleiding van de overlegging van een afschrift-uittreksel — in welk geval de mededeeling van het oorspronkelijk stuk door de bepalingen van het Wetb. v. Kooph. omtrent de wijze van openlegging, als daar aangeduid, wordt beheerscht en beperkt, verg. Regtsg. Adviezen V, bl. 166, — onderstelt de wet in ieder geval een bevel, dus

een vonnis des rechters, wat waar het bevel ambtshalve gegeven wordt van zelf een vereischte is en dubbel noodig wordt, wanneer de rechter van de hem bij art. 12 § 2 toegekende bevoegdheid gebruik maakt om aan den plaatselijken rechter de inzage der boeken op te dragen.

Het gevolg van dit bevel zal zijn dat de koopman in rechte moet verschijnen om het boek voor den rechter open te leggen of het boek daartoe aan zijnen procureur toe te vertrouwen. Al kan de rechter zich daarbij door den koopman of zijn procureur den weg doen wijzen, hij is het die de open te leggen bladzijden aanwijst maar tevens door inzage van het boek zich van het »richtig houden" kan overtuigen. Dit was de beteekenis van art. 15 C° en de eerst veranderde redactie is opzettelijk overeenkomstig die van den C° hersteld, om uit te sluiten de meening van de voorstanders dier veranderde redactie, die verlangden dat de koopman de bladzijden zou aanwijzen, waar de geschilpunten zich bevinden en dientengevolge het overige gedeelte van het boek ook voor den rechter gesloten zou blijven. Zie VOORDUIN VIII op art. 12, sub I, IV—VI, VIII, X, XI. NOORDZIEK Wetb. v. Kooph. 1825/26, Dl. I, bl. 53, II, bl. 554, 578, 750 op art. 8.

Wanneer de rechter, hetzij op vordering van eene der partijen, hetzij ambtshalve de openlegging beveelt, geschiedt dit wel in de eerste plaats om aan de wederpartij de inzage van het boek te verschaffen en daarmede bewijs te voeren, gelijk wanneer de rechter ambtshalve een getuigenverhoor beveelt, de partij aan welke dit werd opgelegd de getuigen zal hebben voor te brengen, doch het boek behoort ook ter inzage van den rechter beschikbaar te blijven, opdat hij de daaruit ontleende bewijsvoering kunne controleeren en beoordeelen. Vandaar dat de plaatselijke rechter aan wien de rechter de inzage opdraagt van zijne bevinding een verbaal moet opmaken. Dit verbaal moet door den rechter worden overgezonden zegt art. 12; natuurlijk aan den rechter die den last opdroeg, zooals art. 16 C° er uitdrukkelijk bijvoegde: „et l'envoyer au tribunal saisi de l'affaire". Doch terwijl het voor partijen niet minder van belang is om van den inhoud van dit verbaal kennis te hebben en de mededeeling van het boek in ieder geval aan de wederpartij de gelegenheid moet verschaffen om inzage van het boek te nemen, zoo moet de zaak wel den volgenden loop hebben. 's Rechters lijde-

lijkheid brengt mede dat de opdracht aan den plaatselijken rechter door de partijen ter kennis van dien rechter gebracht worde. Is het bevel tot openlegging op vordering van eene der partijen gegeven dan zal wel deze, is het bevel ambtshalve gegeven, dan zal de meest gereede partij, met overlegging van eene expeditie van het vonnis, aan den plaatselijken rechter moeten verzoeken om dag en uur te bepalen waarop hij tot inzage wil overgaan. Met beteekening van het vonnis en van des plaatselijken rechters bevel moet dan de partij worden opgeroepen om het boek te komen vertoonen; de partij die bij de inzage belang heeft, zal door den plaatselijken rechter in de gelegenheid gesteld worden inzage of afschrift te nemen en het proces-verbaal zal door den plaatselijken rechter in tegenwoordigheid van partijen worden opgemaakt. Het is eene opneming of bezichtiging die met eene »gerechtelijke plaatsopneming" kan vergeleken worden.

De plaatselijke rechter kan hier zoowel de kantonrechter als eene rechtbank zijn. De uitdrukking is ruim genoeg; de ratio van de bepaling: verplaatsing van het boek zooveel mogelijk te beperken, pleit er ook voor en de uitdrukkelijke vermelding van den vrederechter in art. 19 C° vindt hare gereede verklaring in de omstandigheid dat de opdracht daar van een »tribunal de commerce" uitgaat. De verplichting om aan letteren requisitoriaal ten dienste der justitie gevolg te geven, waarop hier wordt gedoeld, is in art. 25 R. O. als eene op alle rechterlijke collegiën en ambtenaren rustende onderlinge verplichting aangewezen.

§ 115. ONDERZOEK VAN DE ECHTHEID OF VALSCHHEID VAN GESCHRIFTEN. GEVALLEN WAARIN HET TE PAS KOMT.

Ofschoon de aanleiding tot het hierbedoelde onderzoek van tweeërlei aard zijn kan, daar òf de valschheid van een geschrift beweerd kan worden òf zijne echtheid ontkend, zoo eischt toch dat onderzoek voor het eene en het andere geval geen afzonderlijke regeling, omdat in beide in het algemeen dezelfde regelen kunnen worden gevolgd. De fransche wetgever had dit anders begrepen. De wijze, waarop hèt onderwerp in de koninklijke ordonnantiën geregeld was, gaf er gereedelijk aanleiding toe. Het onderzoek in te stellen naar aanleiding van de ontkenning der echtheid was als „reconnaissance et vérification d'écritures privées"

in den XIIden titel van de Ord. 1667 »des compulsoires et collations de piecès", art. 5—9, geregeld en daaromtrent werden bij Ord. van December 1684 nadere bepalingen (art. 1—11) vastgesteld. Het onderzoek in te stellen naar aanleiding van eene betichting van valschheid werd in den IXden titel van de Ord. Criminelle van 1670 (art. 1—17) behandeld in vereeniging met de strafvervolging wegens valschheid »du crime de faux tant principal qu'incident", nadat in den VIIIsten titel dier Ord. »de la reconnaissance des écritures et signatures en matière criminelle" was gehandeld. In de beroemde Ord. (la sage ordonnance) van 1737 (D'AGUESSEAU) werd dit onderwerp op nieuw geregeld en terwijl nu twee titels aan de valschheid gewijd waren, du faux principal (art. 1—69) et du faux incident (art. 1—53), handelde een daarop volgende derde titel »de la reconnaissance des écritures en materière criminelle". Geschillen over de echtheid van onderh. geschriften in burgerlijke zaken bleven aan de regeling van het burgerlijk proces overgelaten, gelijk de betichting van valschheid in het burgerlijk geding, als »faux incident", in de crimineele ordonnantie geregeld bleef. Het onderzoek was in beide gevallen, in dat van »reconnaissance" en in dat van »faux incident" ook aan zeer verschillende bepalingen onderworpen. De fransche wetgever van 1807 volgde dit voorbeeld van afzonderlijke regeling, ofschoon hij beide onderwerpen in den Code de procédure opnam en ook daarin vond hij aanleiding tot de aanduiding van het onderzoek in geval van ontkenning der echtheid als vérification d'écritures en van dat in geval van bewering van valschheid als faux incident civil, eene aanduiding die, niettegenstaande hare blijkbare onjuistheid, in den Code de procédure is behouden geworden. Zoo bleef ook bij betichting van valschheid, om hare nauwe betrekking tot eene beschuldiging van het misdrijf van valschheid, het daarbij in te stellen onderzoek aan grooten omslag onderworpen, die eerst kon weggenomen worden door de overweging dat in het burgerlijk geding het voorwerp van het onderzoek nauwelijks verschilde van dat omtrent betwisting van echtheid in te stellen. Het is dan ook niet te ontkennen, dat onze wetgever de regeling van dit onderwerp in vergelijking met de bepalingen van den Code uitermate heeft vereenvoudigd en daardoor verbeterd. BARTHÉLÉMY zeide er niet te veel van, toen hij opmerkte in zijne inleidende redevoering: »La vérification

d'écritures est grandement améliorée par sa simplification" (NOORDZIEK B. R. 1827/28 I, bl. 7, v. D. HONERT bl. 152) en het verdient opmerking dat, niettegenstaande de belangrijke veranderingen, welke de Code op dit punt onderging, daartegen èn in 1827 èn in 1837 slechts enkele bedenkingen van zeer ondergeschikten aard in de Tweede Kamer gemaakt werden. Of ook hier het Wetb. van Génève tot voorbeeld heeft gediend? Het is nergens gezegd, doch in dit wetboek was eene aanmerkelijke vereenvoudiging in de bepalingen van den Code de procédure aangebracht en was eveneens de behandeling van het onderwerp in één titel, onder het algemeen opschrift: »de la vérification des écritures", tit. XVIII, opgenomen; eene algemeene regeling was in de plaats der twee afzonderlijke gesteld en de zestig artikelen van den franschen Code waren tot zevenentwintig terug gebracht. Heeft onze wetgever dit voorbeeld voor oogen gehad, hij deed wèl; hij had nog beter kunnen doen door het in meer bepalingen te volgen, en meer zich te doordringen van den geest die den Ontwerper van het Wetb. van Genève bezielde.

In het belgisch Ontwerp van ALLARD is de afzonderlijke behandeling behouden (L. I tit. VI ch. 7 en 8). De ontwerper maakt er zelfs den geneefschen en nederlandschen wetgever een verwijt van, dat zij de uitdrukkingen »faux incident civil" en »inscription de faux" deden vervallen, waarvan de laatste zoo juist terug zou slaan op het onderscheid tusschen de bewijskracht van de authentieke akte en de onderhandsche (Exposé des Motifs n°. XXXVII), en dit niettegenstaande BONNIER o. a. duidelijk aantoonde dat »faux incident civil" een zeer onjuiste uitdrukking is en aan »inscription de faux" niet dan een historische beteekenis kan worden toegekend, n°. 608 vv. Ook zag ALLARD voorbij dat men tot eene onjuiste gevolgtrekking moet komen, wanneer men van »inscription de faux" wil blijven spreken om het onderscheid tusschen onderhandsche en authentieke akten op dit punt duidelijk te doen uitkomen en het bewijs daarvan levert art. 94 ontw.. hetwelk de »inscription de faux" toepasselijk maakt, zonder onderscheid of de akte welker valschheid beweerd wordt eene authentieke of eene onderhandsche akte is.

Het fransche Ontwerp van 1866 heeft wel de afzonderlijke behandeling behouden en blijft de betichting van valschheid »faux incident civil" noemen, maar ook dáár heeft het Wetb. v. Genève

zijn invloed uitgeoefend en is eene werkelijke vereenvoudiging in de zeer omslachtige procedure van den Code voorgesteld. L. II tit. 8 en 9. Motifs p. 42 svv. Nadere vereenvoudiging in het Ontwerp van 1886 doch met behoud van afzonderlijke behandeling.

Het ligt voor de hand dat de Ontwerper van 1865 bij ons niet terugkwam van de in het Wetb. reeds tot stand gekomen samenvatting van beide onderwerpen. Zij worden geregeld in den tit. II, van incidenteele vorderingen, van B. II regelende het rechtsgeding in eersten aanleg, in de X^de afd. onder het opschrift: »Van de geschillen over de echtheid, onechtheid of valschheid van geschriften en het gerechtelijk onderzoek deswege." Bovendien is nog weder vereenvoudiging in de procedure aangebracht.

Doch waartoe het opschrift van den titel te verlengen in plaats van het te bekorten? Had de fransche wetgever ons gewend de »vérification des écritures" tot het onderzoek bij ontkenning van de echtheid te beperken, hij maakte daarmede eene onjuiste tegenstelling met het op zich zelf reeds onjuiste »faux incident civil", in dit laatste geval de benaming der instelling ontleenende aan de aanleiding (betichting van valschheid), in het eerste aan het gevolg (het onderzoek) dat van de niet-erkenning het gevolg is. In dezen gedachtengang had betwisting van echtheid tegenover betichting van valschheid moeten staan. Maar geven niet beide tot een onderzoek van de echtheid der geschriften aanleiding? Zal men twijfelen of hier een gerechtelijk onderzoek plaats heeft? Waartoe hier nog uitdrukkelijk te zeggen dat dat onderzoek het gevolg is en tot beslissing moet strekken van geschillen over de onechtheid? Ook in het onderzoek naar de echtheid, ligt zeker dat van de onechtheid voldoende opgesloten. Edoch van valschheid zal het niet ongepast zijn naast echtheid te spreken, omdat, al ligt op zich zelf in een onderzoek naar de echtheid dat naar de valschheid opgesloten, de wet onderscheid maakt tusschen het geval waarin het onderzoek op de echtheid en dat waarin het op de valschheid gericht is.

In welke gevallen?

Het onderzoek van de echtheid van geschriften komt te pas:

1°. wanneer eene partij bewijs wil ontleenen aan een onderhandsch geschrift dat hij beweert door de wederpartij geschreven of onderteekend te zijn die dit ontkent;

2°. wanneer eene partij bewijs wil ontleenen aan een onder-

handsch geschrift hetwelk hij beweert door een derde, een ander dan de partij zelve, geschreven of onderteekend te zijn en de wederpartij dit niet erkent;

3°. wanneer eene partij bewijs wil ontleenen aan een geschrift hetzij authentiek hetzij onderhandsch, hetwelk de wederpartij beweert valsch of vervalscht te zijn. Art. 176.

In al de gevallen, waarin art. 176 een onderzoek naar de echtheid van geschriften toelaat, staat als vast vereischte op den voorgrond dat eene partij zich van dat geschrift in het geding wil bedienen, wat wel niet anders kan beteekenen dan dat zij daaraan bewijs wil ontleenen. Ware dit het geval niet, het bewijs van de echtheid of de valschheid van het stuk waartoe het onderzoek zal worden ingesteld, kon veilig achterwege blijven, dewijl »frustra probatur quod probatum non relevat." Een andere vraag is echter, of zoodanig onderzoek alleen in een reeds aanhangig geding en met opzicht tot daarin overgelegde stukken kan plaats hebben dan of eene vordering tot erkenning van een stuk of tot het valsch of vervalscht verklaren van een stuk als zelfstandige vordering kan worden ingesteld. De wetgever gaat bij de regeling van het onderwerp niet onduidelijk uit van de onderstelling dat de vordering zich als een incident in een geding voordoet. Ik stel dit ook op den voorgrond om aan het slot van de behandeling van dit onderwerp op de hier gestelde vraag terug te komen. Zie § 120.

In de aanwijzing der drie gevallen vinden wij zonder moeite een terugslag op de bepalingen, welke in het Burg. Wetb. de bewijskracht van de authentieke en de onderhandsche akten regelen. In art. 1912 en 1913 wordt de bewijskracht van de onderhandsche akte afhankelijk gesteld van de erkenning van het geschrift door dengene tegen wien men zich daarop beroept; in art. 1913 wordt ten aanzien van die erkenning de onderscheiding gemaakt of degene tegen wien men zich daarop beroept zelf de akte geschreven of onderteekend zou hebben, in welk geval eene positieve verklaring van hem gevorderd wordt, dan wel of degenen, tegen wie men zich daarop beroept, erfgenamen of rechtverkrijgenden zijn van dengene die de akte geschreven of onderteekend zou hebben, in welk geval eene niet-erkenning voldoende is. Op

deze gevallen slaan die van art. 176 n°. 1 en 2 terug. Door een onderzoek moet uitgemaakt worden wat voorshands aan de bewijskracht der akte ontbreekt of in werkelijkheid daaraan ontbrak; van dat onderzoek maakt art. 1914 zelf melding met kennelijke verwijzing naar de bepalingen van de B. R., waaruit dan ook nader blijkt, dat dit onderzoek niet eenvoudig bij ontkenning of niet erkenning door den rechter moet bevolen worden, maar eerst dan, wanneer degeen die zich van de akte wil bedienen de onjuistheid dier ontkenning of niet-erkenning staande houdende dat onderzoek verlangt.

Terwijl alzoo ten opzichte van de onderhandsche geschriften moet aangetoond worden dat zij werkelijk zijn, wat zij voorgeven te zijn, omdat er geen waarborg voor de echtheid van het geschrift of de onderteekening bestaat, als niet zij die het aangaat die echtheid erkennen, zoo draagt daarentegen de authentieke akte den waarborg zijner echtheid in zich zelve. Wanneer zij zich voordoet als afkomstig van een openbaar ambtenaar, volstrekt en betrekkelijk, tot het opmaken van zulk eene akte bevoegd en zij in den door de wet voorgeschreven vorm is opgemaakt, dan wordt zij ook als zoodanig erkend, zoolang niet hare valschheid beweerd wordt; arg. art. 1909 B. W. Is dit het geval, eerst dan maar ook niet anders, wordt een onderzoek noodig naar de echtheid, art. 176 n°. 3 B. R. De voorzorgen waarmede de authentieke akten worden opgemaakt laten niet licht toe, dat de valschheid in de onderteekening van den ambtenaar zou bestaan en, is eens de akte van den ambtenaar afkomstig, dan moet de valschheid liggen òf in eene vervalsching waartoe die ambtenaar zelf medewerkte òf waartegen hij had moeten waken. Bij de onderhandsche akte is eene valschheid in 't geschrift of in de onderteekening eerder mogelijk en vandaar dat zij zonder erkenning van het schrift hare geloofwaardigheid mist. Zoo komt het er bij het onderhandsch geschrift op aan dat de echtheid aangetoond worde om het als bewijs toe te laten, bij de authentieke akte de valschheid aan te toonen om hare bewijskracht uit te sluiten. »Alle openbare geschriften" zeide het O. 1820 in art. 3349, »blijven van kracht totdat derzelver onechtheid door hem, die deze beweert, bewezen zij" en in art. 3350: »Wanneer de echtheid van onderhandsche geschriften betwist wordt, moet hij, die van dezelve gebruik wil maken, de echtheid bewijzen." Zoo zeide ook BELLOT t. a. p.,

p. 210 en v., terecht, dat tusschen de vérification d'écritures en het faux incident civil, »la seule différence essentielle résulte de celle du rôle qu'y jouent les parties. Dans l'inscription de faux, la présomption légale étant en faveur de l'acte, celui qui l'attaque se constitue demandeur, il doit en prouver la fausseté. Dans la vérification d'écriture, la même présomption n'existant pas, celui qui emploie l'acte est le demandeur, il doit en prouver la vérité. Mais cette différence de position exerce plus son influence sur le jugement, que sur le mode pour y parvenir. La fausseté n'est elle pas prouvée, la décision sera dans le premier cas, en faveur de l'acte. La vérité n'est elle pas justifiée, la décision sera, dans le second cas, contre l'acte." Daaruit maakte hij de juiste gevolgtrekking dat de modus procedendi voor het onderzoek in beide gevallen nagenoeg niet behoefde te verschillen en dit te minder, omdat wanneer de echtheid niet bewezen wordt en dus terecht het schrift of de onderteekening van een onderhandsche akte werd ontkend of niet erkend, daaruit het bewijs van eene gepleegde valschheid kan voortvloeien, terwijl het beweren van valschheid wel meerendeels tegen eene authentieke akte zal worden gericht, doch ook bij eene onderhandsche akte kan voorkomen, waarover straks. In den regel zal het bij de onderhandsche akte op de erkenning of niet-erkenning van de handteekening aankomen, omdat het onverschillig is door wien het lichaam der akte werd geschreven, tenzij de bewijskracht of de geldigheid van het stuk daarvan afhangt dat het eigenhandig door den onderteekenaar geschreven werd, zooals met de onderhandsche schuldbekentenis waarvan art. 1915 B. W. spreekt, en het holographisch testament het geval is.

Wanneer iemand bij authentieke akte verklaart een daarbij aangegeven onderhandsch stuk eigenhandig geschreven en onderteekend te hebben, zal dan een derde kunnen verklaren het schrift van dat onderhandsche stuk niet te erkennen en dientengevolge aan hem die zich op dat onderhandsch stuk beroept het bewijs kunnen opleggen dat het schrift afkomstig is van hem die bij authentieke akte verklaarde het stuk geschreven te hebben? Of, om de vraag een meer concreten vorm te geven: Kan de erfgenaam bij versterf aan hem, die zich voor zijn erfrecht beroept op een in bewaring gegeven holograaf testament, tegenwerpen,

dat hij niet erkent het testament als eigenhandig geschreven en geteekend door den erflater en alzoo aan dengene, die het testament voor zich wil doen gelden, het bewijs van de echtheid doen opleggen? Al is bij ons die vraag nu door den wetgever zelven beslist, zij verdient, om het beginsel en om het standpunt waarop men zich bij hare beantwoording te plaatsen heeft, eene nadere bespreking. De bewering, dat het holograaf testament, het onderhandsch stuk, door de akte van bewaargeving een authentieke akte zou worden, werd terecht bestreden door DIEPHUIS Syst. VIII bl. 251 en de H. Raad oordeelde in overeenstemming met adv.-gen. POLIS evenzoo bij arr. van 18 December 1885, W. 5252, den eisch tot cassatie verwerpende van een arrest van het Hof te Leeuwarden, dat met de rechtbank van Winschoten in denzelfden zin uitspraak deed. Gesteld zelfs, dat onderhandsche stuk ware als eene authentieke akte te beschouwen, hoe zou in de bewering alleen dat het stuk niet geschreven is met de hand des erflaters eene betichting van valschheid van dat stuk kunnen liggen? Heeft dan de openbare ambtenaar eenige verklaring van eigen waarneming omtrent het eigenhandig schrijven van den erflater afgelegd in de door hem opgemaakte akte van bewaargeving? — Maar als dat in bewaring gegeven testament eene onderhandsche akte is gebleven, is daarmede dan bewezen dat hij die dat testament bestrijdt kan volstaan met het schrift niet te erkennen en het bewijs der echtheid op te leggen aan hem die zich op het testament beroept? Dat gold zeker van het fransch holograaf testament en terwijl het naar de wet m. i. niet twijfelachtig was, is 't alleen opmerkelijk, hoe men in Frankrijk dit noodzakelijk gevolg van het uitsluitend karakter van onderh. akte aan het holograaf testament toe te kennen, heeft trachten te ontgaan. (Zie o. a. bij BONCENNE III, p. 463, maar ook de onderscheiding gemaakt door CHAUVEAU bij CARRÉ Q. 799). Maar bij ons hebben we behalve dat onderhandsche stuk eene authentieke akte, waarbij dat stuk door den erflater als een door hem eigenhandig geschreven en onderteekend stuk in bewaring werd gegeven. Die verklaring kan onwaar zijn, maar dan moet het bewijs daarvan geleverd worden door hem die dat beweert. Van betichting van valschheid kan geen sprake zijn. Maar, gelijk bij elke authentieke akte het rechtsgevolg van eene daarbij afgelegde verklaring, welker aflegging volledig is bewezen en alleen door eene betichting van valschheid

kan worden te niet gedaan, alleen uit den weg geruimd kan worden door de onwaarheid van den inhoud der verklaring te bewijzen, evenzoo dient hier door hem die beweert, dat de verklaring des erflaters omtrent zijn eigenhandig schrift onwaar is, dit beweren te worden bewezen. Of zal de verklaring in een authentieke akte door een der onderteekenaren daarbij afgelegd, dat hij heeft verkocht en een aangewezen prijs heeft ontvangen niet als waar worden aangenomen, tot zoolang het beweren dat die verkoop eene bedekte schenking is geweest door hem die dat beweert, is bewezen? Waarom zal het anders zijn met de bewaargeving van een stuk dat daarbij als eigenhandig geschreven en onderteekend uitdrukkelijk wordt gequalificeerd of niet anders dan als zoodanig en omdat het dat is in bewaring gegeven wordt? De H. Raad verloor m. i. bij het aangehaalde arrest uit het oog dat wij hier niet in de eerste plaats met de vereischten van de bewijskracht van dat onderhandsche stuk hebben te doen, maar met de bewijskracht van de akte van bewaargeving. Houdt men dit in het oog, dan blijkt ook dat de wetgever zich indertijd niet ten onrechte heeft voorgesteld, dat de echtheid van schrift en de handteekening van het holograaf testament niet meer op eene eenvoudige niet-erkenning van een erfgenaam bij versterf zou behoeven bewezen te worden. Redev. van CROMBRUGGHE voorgedragen door BEKLAERTS bij VOORDUIN op art. 979 IV, bl. 110 vv. NOORDZIEK Burg. Wetb. 1824—1825 I, bl. 207 vv. Mem. v. Toel. bij VOORDUIN t. a. p. bl. 129. Mocht men beweren dat hier dan toch in werkelijkheid over de echtheid van het schrift van een onderhandsch stuk gestreden wordt en toch het bewijs niet geleverd wordt door hem die zich op dat onderhandsch stuk beroept, dan heeft men volkomen gelijk, maar het bezwaar is schijnbaar, dewijl hier niet over de echtheid van een geheel op zich zelf staand onderhandsch stuk wordt gestreden, maar van een onderhandsch stuk dat het bewijs zijner echtheid tot aan bewijs van tegendeel ontleent aan eene verklaring bij authentieke akte afgelegd. Men zal dientengevolge de bepp. van het Wetb. van Burg. Rechtsv. omtrent het onderzoek naar de echtheid van de onderhandsche akte slechts bij analogie kunnen toepassen, doch de bepalingen omtrent de betichting van valschheid zullen haar toepassing vinden, wanneer òf de akte van bewaring van valschheid beticht werd, òf beweerd wordt dat het holograaf testa-

ment zelf een ondergeschoven stuk is of dat het vervalscht is.

Toen ik indertijd dit betoog als bij anticipatie in het Weekblad v. h. R. n°. 5985 mededeelde, trad de Redactie tot verdediging van het arrest van den H. Raad op met de vraag: »Toegegeven dat de akte van bewaargeving bewijst dat de voor den notaris verschenen persoon heeft verklaard dat het in bewaring gegeven stuk is zijn eigenhandig geschreven en geteekende uiterste wil, staat dan evenzeer vast, dat de akte van bewaargeving nu ook nog bewijst de waarheid dezer verklaring? Naar mijne hierboven ontwikkelde meening: zonder twijfel. Die waarheid staat evenwel niet vast als de verklaring van den ambtenaar tot aan de betichting van valschheid, maar als de waarheid van ieder voor den notaris afgelegde verklaring tot aan bewijs van het tegendeel. De Redactie wil die waarheid alleen aannemen, wanneer de authentieke akte juist bestemd is om zoodanige verklaring op te nemen, maar zij betwijfelt dit met opzicht tot de akte van bewaargeving, als zoude deze alleen strekken tot het in bewaring stellen van het stuk en de verklaring van den comparant dat dit stuk zijn (eigenhandig geschreven en geteekenden) uitersten wil bevat. Ik vraag op mijne beurt: wat wil men meer om aan te nemen de waarheid der verklaring tot bewijs van het tegendeel? Waartoe strekt juist het in bewaring stellen van een eigenhandig geschreven en onderteekend stuk? Of wordt het niet juist om deze zijne eigenschap in bewaring gegeven? Mag men het feit der in bewaringstelling afscheiden van haar voorwerp? Wij hebben hier toch niet te doen met wat in art. 1908 B. W. heet »een bloot te kennen geven niet in dadelijk verband met het onderwerp der akte"? »Dat het zoo zou moeten zijn", dat nl. de inhoud der verklaring als waar zou moeten worden aangenomen, »betwijfelen wij niet", zegt de Redactie, »maar dat het volgens de geldende wet zoo is, schijnt ons geen uitgemaakte zaak". Ik vraag, welke bepaling onzer wet verbiedt voor waar te houden den inhoud van eene verklaring welke op authentieke wijze vaststaat afkomstig te zijn van hem die alleen het feit waar 't op aankomt met zekerheid kon weten? »Niet uitgemaakt", dat zij zoo, maar de H. Raad beschouwde het tegenovergestelde als uitgemaakt en maakte het in dien zin uit. Dat de H. Raad door deze uitspraak groote bekommernis moest wekken bij allen die een holograaf testament hadden in bewaring gegeven en waar-

schijnlijk nog grooter bij zoovelen, die krachtens zoodanig holograaf testament in het bezit van een erfenis of legaat waren gekomen, lag voor de hand. Toch duurde het nog een poos voor dat de wetgever de zaak ter harte nam; eerst bij de wet van 18 Juni 1892 n°. 146 werd aan de kwestie een eind gemaakt door de aan art. 980 B. W. toegevoegde bepaling, dat de als holographische uiterste wil door den notaris in bewaring genomen akte, tot het bewijs van het tegendeel, vermoed wordt met de hand van den erflater geheel geschreven en geteekend te zijn. Overeenkomstig het karakter eener interpretatieve wet werd die bepaling, bij art. 5, van toepassing verklaard op de testamenten die vóór het in werking treden dezer wet bij een notaris zijn in bewaring gegeven. Met te meer recht maakte de wetgever deze laatste bepaling, omdat er nauwlijks meer dan in dit geval zekerheid kon bestaan, dat de wetgever van 1838 het nu uitdrukkelijk bepaalde gevolg van zijne bepaling gewild heeft. Dat het nog zooveel moeite moest kosten om het zoover te brengen en een wet als de straks genoemde tot zooveel geschrijf en gewrijf aanleiding kon geven, (zie daarover W. G. Delbaere, De bewijslast bij olographische testamenten, Acad. Proefschr. Leiden 1893 en W. Jonker, De wet van 18 Juni 1892 Stbl. n°. 196, Acad. Proefschr. Amsterdam 1893) is bij ons wettenmaken niet vreemd. Maar al is de vraag dan definitief uitgemaakt, zij blijft de aandacht verdienen. Voor de juiste opvatting van de bewijskracht der authentieke akte, naar art. 1907 j° 1908, is 't van belang deze wet als eene noodwet te beschouwen tot herstel van wat mij althans een misvatting van den H. Raad voorkomt te zijn en niet als eene wettelijke negatie van het beginsel door den H. Raad bij zijn arrest van 1885 verloochend, nl. dit: dat de authentieke akte bewijst de verklaringen van den ambtenaar tot dat zij van valschheid zijn beticht en *de waarheid van den inhoud der door verschijnende personen afgelegde verklaringen tot dat het tegendeel daarvan bewezen is.* De bewijskracht van de onderhandsche akte in verband met de onwederlegbare stelling, dat het gedeponeerde stuk een onderhandsch stuk is en blijft, heeft niet alleen bij den H. R. ten onrechte op den voorgrond gestaan maar ook de discussiën in onze wetgevende vergadering voortdurend beheerscht, zoo zelfs dat men, alleen daarop lettende en ter wille van de leer, de praktische noodzakelijkheid van de

wetsaanvulling niet inzag. Alleen Mr. VAN LIER (Handelingen 1891—1892, Eerste Kamer bl. 231) was op den goeden weg, toen hij bij de behandeling van het wijzigingsontwerp opmerkte: »Wanneer men een authentiek stuk kan toonen waarin de akte wordt erkend, moet men duidelijk maken dat die akte eene onwaarheid bevat, anders nemen wij die erkentenis aan. Zoo is het hier. De rechtverkrijgende van den erflater staat in diens schoenen en door het testament als olographisch aan den Notaris te overhandigen heeft de erflater erkend dat hij het stuk heeft geschreven en geteekend en die erkenning geldt en is verbindend voor zijne erfgenamen en rechtverkrijgenden". Doch de spreker hield hieraan niet vast om het wetsontwerp te verdedigen als handhavende het juiste rechtsbeginsel, maar legde de kracht zijner verdediging in de goedkeuring van het overbrengen van den bewijslast, als utiliteitsmaatregel. Dit was zeker in het Parlement, met het oog op de stemming waarin men verkeerde, verkieslijk.

Wanneer is een stuk valsch of vervalscht in den zin van art. 176 n°. 3? Zeker wordt door deze uitdrukkingen in de eerste plaats de gedachte bepaald op het misdrijf van valschheid in geschriften en het is ook waarschijnlijk dat de wetgever daaraan vooral gedacht heeft. Intusschen meen ik niet te mogen volstaan met eene verwijzing naar de bepaiingen van den XII titel B. II van het Wetb. van Strafrecht. Men kan toch vragen: is voor de betichting van valschheid in het burgerlijk geding een vereischte, dat alle elementen van het misdrijf aanwezig zijn? en voorts, is in alle gevallen waar de strafwet zekere feiten als valschheid in geschrifte qualificeert of daaronder opneemt, eene betichting van valschheid gerechtvaardigd?

Bij de beantwoording dezer vragen komt het er vooral op aan om wèl te onderscheiden en niet uit het oog te verliezen dat de betichting van valschheid in het burgerlijk geding in onmiddellijk verband staat met de bewijskracht aan een stuk toegekend, en wel zóó, dat deze niet anders dan door die betichting kan worden opgheven. Men moet onderscheid maken tusschen het feit dat eene verklaring is afgelegd wat alleen door den ambtenaar geconstateerd wordt en de waarheid van den inhoud der afgelegde verklaring. De authentieke akte ontleent hare volledige bewijskracht aan de door de wet aangenomen geloofwaardigheid van

den openbaren ambtenaar handelende volgens de bij de wet omtrent zijne handelingen gegeven voorschriften. Daarbij wordt ondersteld 1° dat de akte, zooals zij daar ligt, van den daarbij aangewezen openbaren ambtenaar afkomstig is, werkelijk door hem is opgemaakt, en dat daarin geen veranderingen zijn aangebracht; 2° dat de openbare ambtnaar naar waarheid heeft verklaard wat hij als door of voor hem verricht in schrift stelde. Bij de betichting van valschheid, die de strekking heeft de geloofwaardigheid van de akte, voorzoover deze aan de handeling van den openbaren ambtenaar ontleend wordt, te vernietigen, moet dus worden beweerd: dat de akte niet van den openbaren ambtenaar afkomstig is, dat alzoo diens handteekening valsch is, dat er in de akte veranderingen zijn gemaakt, de akte is ververvalscht; dat de openbare ambtenaar iets anders heeft verklaard dan voor hem is verricht, bijv. door de verschijnende personen iets anders verklaard is, dan zij werkelijk verklaard hebben, waaruit wederom de valschheid van de akte voortvloeit. Maar de akte het stuk, wordt niet valsch, wanneer eene verschijnende partij eene onwaarheid heeft gezegd, eene onware verklaring heeft afgelegd, want dit gaat geheel buiten de geloofwaardigheid van den ambtenaar om, die alleen betreft zijne eigene handelingen. De wetgever moge het afleggen van eene dergelijke valsche verklaring in het Strafwetboek onder den titel »van valschheid in geschriften" brengen, hij qualificeert dit feit, in art. 227 strafbaar gesteld, niet als valschheid in geschrift zooals dat van art. 225; hij beschrijft dit ook niet als valschelijk opmaken of vervalschen van een geschrift maar als een valsche opgave van een feit in de akte vermeld. Hij kon dit ook niet als het opmaken van een valsche akte beschouwen, want de akte blijft als akte even authentiek; dat wat aan het stuk het karakter van een authentieke akte geeft wordt er niet door aangedaan, of de door de verschijnende partij afgelegde verklaring waar is of onwaar *). Tegen zoodanige verklaring is dan ook het tegen-

*) Art. 227 moge bedoelen een einde te maken aan de onderscheiding tusschen eene onware en eene valsche of vervalschte akte, dit moge op het gebied van het Strafrecht gewenscht zijn (zie de toel. bij SMIDT II bl. 261), op het gebied van het burgerlijk recht is daardoor de onderscheiding waarop hier in den tekst gewezen wordt niet verworpen, noch verwerpelijk te achten. Toch heeft de wetgever met art. 227 zijn doel niet bereikt. Want, terwijl art. 227 blijkens zijne duidelijke bewoordingen en de nog ondubbelzinniger

bewijs niet uitgesloten, tenzij de wet het uitdrukkelijk uitsluit, en de procedure voor de betichting van valschheid voorgeschreven komt daarbij niet te pas. Zoo wordt in art. 384 § 2 K. tegen eene beëedigde scheepsverklaring het tegenbewijs aan alle belanghebbenden vrijgelaten; de betichting van valschheid is daardoor, waar het op de waarheid der verklaarde feiten aankomt uitgesloten en deze zal alleen te pas komen, wanneer valschheid der bestanddeelen van de akte, van de handteekening des consuls of des kantonrechters of de onwaarheid van hetgeen deze verklaren geconstateerd te hebben, wordt beweerd. Hetzelfde geldt van akten van den burgerlijken stand, welke ook eerst door betichting van valschheid van de bewijskracht omtrent de door den ambtenaar afgelegde verklaring kunnen worden beroofd, terwijl de authenticiteit der akte ongerept blijft, wanneer de onwaarheid van de verklaring der aangevers beweerd wordt tegen welke, ook zonder dat de wet het bepaald, tegenbewijs is toegelaten. Om dit te leveren komt de procedure, die voor de betichting van valschheid is voorgeschreven, niet te pas. Zie BONNIER traité des preuves 2e ed. n°. 454 (ed. LARNAUDE n°. 529, 530 p. 461) en mijne aanteekening in Rechtsg. Bijbl. XIV (1864) bl. 299 vv., waaruit

---

toelichting als valsche opgave straft, eene opgave waartegen als zijnde zij onwaar, wel het bewijs van het tegendeel openstaat, maar welke, als niet afkomstig van den ambtenaar, de akte niet van valschheid kan doen betichten, heeft de jurisprudentie uitgemaakt, dat de valsche opgave van den koopprijs in eene notarieele akte niet valt in art. 227 omdat die akte niet van de waarheid van die opgave moet doen blijken, arr. H. Raad, 19 Maart 1888, W. n°. 5533; alsof de waarheid van die opgave, juist omdat zij in die notarieele akte gedaan werd, niet aangenomen moet worden tot bewijs van het tegendeel en dan toch allerminst als een bloot te kennen geven niet in onmiddellijk verband staande met den inhoud der akte kan worden beschouwd. — Zoo werd ook uitgesproken voor recht dat eene geboorte-akte niet strekt om van de gedane opgave der dagteekening van de geboorte als waar te doen blijken, maar alleen op authentieke wijze te constateeren, dat de aangifte is geschied. Hof Amsterdam 3 Aug. 1886. W. n°. 5357. Deze redeneering zou tot niet-toepasselijk verklaring van art. 227 moeten leiden en toch ware deze in vierkanten strijd met hetgeen in de memorie van toelichting omtrent de in de woorden niet minder duidelijk uitgedrukte gedachte des wetgevers gezegd wordt. SMIDT l. c. bl. 260. Zoo zouden de mazen van het net der strafwet niet alleen losgesneden en het „laissez passer" op strafrechtelijk gebied in toepassing gebracht worden, maar hoe die stelling zou zijn goed te maken tegenover art. 816 B. W. dat het bewijs van het feit der geboorte in de akte legt, hoe met zoovele andere, welke de bewijskracht der akte van den b. st. met opzicht tot de daarin opgenomen feiten zoo duidelijk mogelijk aangeven (art. 62, 127, 128) begrijp ik niet. Evenmin wien de wetgever dan kan bedoelen met hem die bij auth. akte opgave doet van een feit. Verg. een K. B. van 24 Oct. 1894 Sbl. n°. 165 met het advies van den Raad van State waarvan het afwijkt in de N. Staats-Courant van 8 Nov. 1894 n°. 262.

niet a contrario de gevolgtrekking mag gemaakt worden dat, indien de C. Pénal de valsche verklaring van een verschijnenden persoon als valschheid in geschrifte had beschouwd, de betichting van valschheid toepasselijk zou geweest zijn. Niettemin hecht ik in die aanteekening toch te veel gewicht aan de omstandigheid, of de strafwetgever eene onwaarheid in een geschrift voorkomende al of niet als valschheid in geschrift qualificeert. Dit is niet juist. Zoo wordt bijv. in art. 225 W. v. Strafr. als valschheid in geschrifte gestraft het feit dat een niet-ambtenaar in een geschrift iets anders stelt dan hem is opgegeven, want dan wordt door dien ontrouwen penvoerder het geschrift valschelijk opgemaakt. Tegen zoodanig stuk is evenwel in het burgerlijk geding tegenbewijs niet uitgesloten en daarom eene betichting van valschheid niet noodig. Zoo wordt ook, als de koopman valsch boekt en zich alzoo een bewijs schept, dit in het burgerlijk geding, zoolang tegenbewijs is toegelaten, niet het onderwerp van eene betichting van valschheid. — Aan den anderen kant zou ik geen bezwaar maken om, in het geval, dat naar den C. P. a. 407 een »abus de blanc seing" was begaan, tegen dat onderhandsche stuk een betichting van valschheid toegelaten te achten. Dit misdrijf valt nu in art. 225 Swb. en is uitdrukkelijk als valschheid in geschrift gequalificeerd. Het is inderdaad en afgezien van de qualificatie daaraan door de Strafwet gegeven, een voorbeeld van een geval, waarin het beweren van valschheid tegen een onderhandsch stuk kan gericht worden. In den regel zal het bij een onderhandsche akte er niet op aankomen, wie het lichaam der akte heeft geschreven; dan zal niet anders dan ontkenning of erkenning van de onderteekening kunnen worden gevorderd en wanneer dan degene, tegen wien de akte wordt aangevoerd, de handteekening niet ontkennen kan, dus wel erkennen moet, dan is daardoor de volledige bewijskracht aan de akte verzekerd en zal ook deze alleen worden opgeheven door het bewijs dat het stuk valsch is als valschelijk opgemaakt. Hetzelfde zal het geval zijn, als in den inhoud van het onderteekende geschrift veranderingen zijn gebracht, dit alzoo vervalscht is geworden. In deze gevallen moet ook de echtheid van het onderhandsche stuk niet bewezen worden door dengene die zich op dat stuk beroept, maar zal hij die, terwijl het stuk formeel voor echt moet worden gehouden, de onechtheid staande houdt, deze hebben te bewijzen. Het doel dat de partij

tegen wie men zich op het stuk beroept, beoogt: bewijskracht van dat stuk af te weren, kan hier door de niet-erkenning of de ontkenning van de handteekening niet bereikt worden; hij kan hier dus 't bewijs van echtheid van de andere zijde niet afwachten, daar dit, voor zooveel 't vereischt wordt, geleverd is. Dit tegen DE PINTO II bl. 327. Onze wetgever sprak dan ook terecht in art. 176 n°. 3, zonder te onderscheiden, van het geval dat een stuk valsch of vervalscht is, en dit is niet iets toevalligs. De fransche wetgever sprak even algemeen in art. 214 C. de pr., en in art. 1 der Ord. v. 1737, dat, met art. 2, in art. 214 werd gevolgd, stond er de vrij overbodige bijvoeging bij, die evenwel de algemeene beteekenis der behouden woorden bevestigt: »quelque pièce que ce puisse être". Bij de fransche schrijvers dan ook geen twijfel. Zie bijv. CARRÉ ed. Brux. II p. 246. BONCENNE IV p. 38, 75, 78. GARSONNET p. 439. RODIÈRE I p. 419 citeert één die afwijkt. Ten onrechte gaat PENNINCK op art. 176 (bl. 75) van de tegenovergestelde onderstelling uit.

Zoo zal tegen eene door een geneeskundige afgegeven verklaring (a. 228 Swb.) van welker inhoud de valschheid beweerd wordt, geen betichting van valschheid te pas komen, maar tegenbewijs kunnen geleverd worden; eene valschelijk opgemaakte of vervalschte verklaring, als art. 229 bedoelt, zal, al is het een onderhandsch stuk, van valschheid beticht kunnen worden.

Wanneer een openbaar ambtenaar in eene door hem opgemaakte akte andere verklaringen opneemt als werkelijk voor hem zijn afgelegd, dan zal de volledige bewijskracht, welke de akte ten opzichte van het afleggen der verklaringen aan de geloofwaardigheid van den ambtenaar ontleent, niet anders dan door betichting van valschheid uit den weg geruimd kunnen worden. Deze dusgenaamde intellectueele valschheid is duidelijk genoeg in het sub 3°. van art. 176 genoemde geval begrepen, dan dat uit het opschrift van de 5e afdeeling zou mogen worden afgeleid dat intellectueele valschheid uitgesloten ware. Zelfs zou 'k het met den ontwerper 1865 niet noodig achten in het opschrift naast echtheid en onechtheid nog van valschheid te gewagen om dit gevoelen te voorkomen, al is het door DE PINTO II bl. 325 verdedigd. Mij dunkt, dit is een argument dat hoogstens in een pleidooi als een »valeat quantum possit" gebruikt

kan worden. En dat de wijze waarop het onderzoek geregeld is in art. 182 alleen op een onderzoek door deskundigen toepasselijk is en dit wel het eenige schijnt, terwijl daarvan bij intellectueele valschheid geen sprake wezen kan, is een schijn-argument dat reeds daarom niet afdoet, omdat het evenzeer toegelaten bewijs door bescheiden en getuigen door die bepaling van art. 182 niet kan zijn uitgesloten. De H. Raad besliste, 9 Maart 1855, voor de toepassing op intellectueele valschheid en bleef daarbij 17 October 1862. De fransche schrijvers twijfelen niet. Zie GARSONNET § 277 en bij ons OUDEMAN bl. 226 en de rechtspraak daar aangevoerd. Verg. echter ook Jur. Spect. II bl. 162. Uitvoerig wordt de meening van DE PINTO besproken en weerlegd in het proefschrift van VAN MAASDIJK t. a. p. bl. 28—36.

Is het om een stuk van valschheid te betichten een vereischte dat alle elementen van het misdrijf van valschheid aanwezig zijn? Het stellen van deze vraag vindt wel eene onmiddellijke aanleiding in de omstandigheid, dat de wetgever, bij de regeling der procedure betrekkelijk de betichting van valschheid, vooral aan het misdrijf gedacht heeft, toch zou zij alleen gesteld worden om er op te wijzen, dat daarom de valschheid in het burgerlijk geding niet van het bestaan van alle elementen van het misdrijf afhankelijk is, indien niet de Hooge Raad, bij een arrest van 31 December 1857, eene beslissing van het Hof van Groningen vernietigde omdat de betichting van valschheid daarbij was toegelaten, zonder dat het Hof onderzoek had gedaan naar het bedriegelijk oogmerk of opzet van benadeeling noch of aan belanghebbenden bij de akte door de beweerde valschheid nadeel is of kon worden toegebracht. Klaarblijkelijk wilde de H. R. aldus een onderzoek hebben ingesteld naar de door de jurisprudentie vrij algemeen tot het »crime de faux" vereischte »intention de nuire" en »possibilité de nuire". Naar de bepaling van art. 225 Swb. zou dan nú de H. R. een onderzoek moeten vorderen naar het oogmerk om het stuk als echt en onvervalscht te gebruiken en naar de mogelijkheid van nadeel. Zie de toel. op art. 225 bij Mr. SMIDT II bl. 250 v. Maar wie ziet niet in, dat de valschheid van het geschrift, waardoor het zijn bewijskracht verliest, onafhankelijk van deze eischen bestaat, dat deze alleen tot de strafbaarheid van de gepleegde valschheid of vervalsching vereischt worden? »De valschheid wordt

eerst strafbaar," zegt de Mem. van toel. t. a. p., »door het oogmerk om het valsche of vervalschte stuk als echt en onvervalscht te gebruiken of door anderen te doen gebruiken." Maar al is er geen strafbaar feit gepleegd, het stuk blijft er niet minder valsch of vervalscht om. Wat gaat het ook de partijen in een burgerlijk geding aan, of een strafvervolging wegens de valschheid kan plaats hebben, terwijl het haar alleen te doen is om de vraag, of dat stuk aan de vereischten voldoet, ten einde als waar te kunnen of te moeten aannemen wat het vermeldt? Wanneer een ambtenaar in een door hem opgemaakte akte verklaart iets te hebben verricht en hij heeft het werkelijk niet verricht, zal dan die akte hare bewijskracht behouden als van het oogmerk om de akte als echt te gebruiken of te doen gebruiken en van de mogelijkheid van nadeel niet blijkt? Zal het daarvan afhangen, of de verklaring als waar moeten worden aangenomen? En als een derde goed heeft gevonden die akte te vervalschen, zal dan het dus vervalschte stuk zijn bewijskracht behouden, indien het straks vermelde oogmerk en de mogelijkheid van nadeel niet bewezen wordt? Wat doet dit aan de waarheid of valschheid af? Immers even weinig, als het tot eene strafbare valschheid onmisbaar is! Art. 176 n°. 3 vordert dan ook niet dat een stuk op strafbare wijze valschelijk is opgemaakt of vervalscht; het vordert eenvoudig het beweren dat een stuk valsch is of vervalscht. Het arrest van den H. Raad heeft, voorzoover mij bekend, geenerlei instemming, alleen bestrijding ontmoet. (Zie OUDEMAN bl. 226 n[t] 4 en Acad. Proefschr. van H. R. VAN MAASDIJK bl. 21 vv.). Onze jurisprudentie levert geen voorbeeld op van eene beslissing in denzelfden zin. Bij herhaling plegen de fransche schrijvers er op te wijzen, wanneer zij het onderscheid willen aangeven tusschen »faux principal" en »faux incident civil", dat dit laatste is »un procès fait à la pièce seulement" »comme si elle s'était falsifiée ou fabriquée d'elle-même (BONCENNE IV, p. 11 sv. p. 75). Het fr. Hof van Cassatie motiveerde een en ander uitnemend o. a. bij een arrest van 1874 medegedeeld bij BONCENNE t. a. p. bl. 19. »Attendu que l'inscription en faux, soit principal soit incident, est le seul moyen légal qui puisse retirer à un acte authentique la foi qui, sans le remède de cette inscription, lui serait irrésistiblement acquise, avec cette unique différence que, dans l'inscription en faux incident, le procès est

fait à la pièce seule, sans aucunément inculper la personne; qu'ainsi la permission de prouver le faux dont un tel acte peut être infecté, ne saurait, sans une sorte de déni de justice, être refusée à la partie contre laquelle on veut s'en prévaloir" en verder: »Que vainement l'arrêt attaqué a distingué entre l'allégation du faux résultant d'une altération purement matérielle, et celle du faux resultant d'une altération intentionnelle et frauduleuse de la vérité, parceque, dans l'un comme dans l'autre cas, la foi due à l'acte est également ébranlée et que la loi n'ouvre pas d'autre voie légale que l'inscription de faux pour faire réparer le préjudice causé par cette altération".

§ 116. VERVOLG. VOORBEREIDENDE PROCEDURE.

Bevel tot onderzoek. Hoe verkregen?

Opdat een onderzoek naar de echtheid of naar de valschheid kunne plaats hebben moet dit door den rechter bij vonnis worden bevolen.

Daartoe moet hij die de echtheid van een onderhandsch stuk in de besproken gevallen te bewijzen heeft, omdat hij die tegenover de ontkenning of niet-erkenning van de tegenpartij blijft staande houden, verzoeken om tot het bedoelde bewijs te worden toegelaten, dewijl hij zich van het stuk wil bedienen.

Hij die de valschheid van een stuk beweert moet eveneens verzoeken tot het bewijs daarvan te worden toegelaten. Om evenwel in dit verzoek ontvankelijk te zijn moet hij ter griffie hebben overgelegd eene akte houdende de stellige verklaring, dat het bewuste stuk door hem voor valsch of voor vervalscht wordt gehouden met aanwijzing van de feiten en omstandigheden, waarop zijn beweren steunt en de middelen waardoor hij de valschheid of vervalsching wil bewijzen.

De door den verzoeker aan te wijzen bewijsmiddelen moeten bestaan in bewijs door geschrift, door deskundigen of door getuigen.

In zaken van gewone behandeling heeft, indien er schrifturen gewisseld worden, de betwisting van echtheid of de betichting van valschheid van zelf plaats in die schrifturen. Het daaruit ontstaande geschil zal, indien bij die bewisting of betichting wordt volhard, hetgeen bij betichting van valschheid blijken zal uit de ter griffie overgelegde akte, wel in de eerste plaats moeten worden uitgemaakt.

Het wordt daartoe door de meest gereede partij aan het oordeel des rechters onderworpen bij eenvoudige akte van procureur tot procureur.

Dientengevolge moet ten dage dienende door de partij, die het stuk heeft overgelegd, worden verklaard, of zij zich van dat stuk wil bedienen.

Bij niet-verschijning van die partij beveelt de rechter een tweede oproeping welke eveneens geschiedt bij akte van procureur tot procureur.

Bij niet-verschijning op die tweede oproeping of, indien de partij hetzij op de eerste of op de tweede oproeping verschijnende weigert de verklaring af te leggen of verklaart zich van het stuk niet te willen bedienen, wordt het stuk buiten het geding gehouden.

Verklaart zij daarentegen zich van het stuk te willen bedienen dan zal de andere partij van hare volharding bij de betwisting van echtheid of bij de betichting van valschheid moeten doen blijken. Indien dit noch bij verschijning op eene eerste oproeping noch bij die op eene tweede oproeping plaats heeft of de partij ten tweeden male opgeroepen niet verschijnt, wordt het stuk buiten het geding gehouden.

Indien langs dezen weg blijkt dat partijen bij hare beweringen volharden, zal de rechter, indien hij het bewijs door de betwiste akte te leveren ter zake dienende en afdoende acht en indien, bij betichting van valschheid, de daarvoor aangevoerde feiten en omstandigheden afdoende zijn, het onderzoek naar de echtheid of valschheid van het stuk bevelen. Art. 177—181 en 182 aanhef.

In zaken van summiere behandeling zal het verzoek om tot het bewijs te worden toegelaten ter terechtzitting bij conclusie worden gedaan en, wanneer het om de echtheid van een onderhandsch stuk te doen is, zal zij van zelf de verklaring inhouden dat de verzoeker zich van het stuk wil bedienen, (art. 180 heeft dan verder geen toepassing). Daarop zal de andere partij moeten verklaren of zij er bij blijft om het geschrift of de handteekening te ontkennen of niet te erkennen. Indien zij weigert te antwoorden of bij de ontkenning of niet-erkenning niet volhardt, wordt het stuk in het geding toegelaten en derhalve als echt beschouwd. Indien zij op een bekomen uitstel niet verschijnt, zal de rechter een tweede uitstel toestaan en de oproeping dier partij op een aangewezen termijn bevelen. Bij niet-verschijning op

deze oproeping of indien de partij verschijnende weigert te antwoorden of bij de erkenning of niet-ontkenning niet volhardt, wordt het stuk alsnog toegelaten en als erkend beschouwd. Dan is het geschil over het stuk uit. Maar blijft de partij zich van het stuk bedienen dan moet uitspraak des rechters tot onderzoek volgen.

Strekt dan het verzoek om tot het bewijs van valschheid of vervalsching te worden toegelaten en is daartoe geconcludeerd, dan zal de tegenpartij, die het aldus betichte stuk overlegde, moeten verklaren of zij niettemin zich van het stuk wil bedienen. Nu kan art. 180 worden toegepast. Hare weigering om zich te verklaren of hare verklaring om zich van het stuk niet te willen bedienen heeft het gevolg dat het stuk buiten het geding wordt gehouden. Een en ander heeft gelijk gevolg als het plaats heeft bij verschijning na een verleend uitstel en ook bij niet-verschijning op daartoe gedane oproeping.

Wanneer alzoo wederom het geschil niet opgeheven wordt door het stuk buiten het geding te houden, dan moet een onderzoek worden bevolen; arg. artt. citt.

Ofschoon onze wetgever de bepalingen van den C. d. pr. aanmerkelijk heeft vereenvoudigd, zoo is toch uit het bovenstaande duidelijk dat er nog een meer dan gewone omslag noodig werd geacht om zóóver te komen, dat de rechter het onderzoek naar de echtheid of onechtheid van geschriften ging bevelen. Het is hier evenals in andere gevallen wenschelijk ja zelfs noodzakelijk, dat een uit zijn aard omslachtig en kostbaar onderzoek niet bevolen worde zonder dat het tot de beslissing van de zaak vereischt wordt. Daarom is het nuttig dat niet eene eenvoudige ontkenning of niet-erkenning van echtheid of een eenvoudig beweren van valschheid in de conclusiën of de gewisselde schrifturen voldoende is om een verzoek, om tot bewijs van echtheid of valschheid te worden toegelaten, toe te staan. Het moet daartoe vaststaan dat niet alleen de ontkenning of niet-erkenning of de betichting van valschheid ernstig is gemeend, maar dat ook de tegenpartij desniettemin het stuk wil gebruiken, dus de echtheid staande houden of de valschheid daarvan beweren blijft. Daardoor wordt de gelegenheid opengelaten om de betwiste stukken terug te nemen, zoodat zij buiten het proces worden gehouden, wanneer degene die ze er in bracht nu begrijpt zich er niet van te

moeten bedienen. Is evenwel al die omslag gerechtvaardigd? Waartoe die herhaalde oproepingen en waarom niet aan de niet-verschijning op de eerste hetzelfde gevolg toegekend als aan eene pertinente weigering om zich te verklaren? Is zulk eene niet-verschijning in een geval als het hier geldt te rechtvaardigen? En wanneer men eer aan eene lichtvaardige dan aan eene ernstige ontkenning of betichting van valschheid wil gelooven, waarom dan bij niet-verschijning niet dadelijk het ontkende stuk als erkend toegelaten of het van valschheid betichte stuk buiten het geding gehouden? Men beweert een chicaneus rekken van het geding door eene niet-erkenning of betichting van valschheid te willen tegengaan en werkt dat tegelijk in de hand door al dien omslag voor te schrijven. Eene uitnemende verbetering bracht het Wetboek van Genève in deze bepalingen door voor te schrijven, (artt. 232—236) dat, op het beweren van eene der partijen dat een overgelegd stuk valsch is of niet erkend wordt, de rechter de oproeping van partijen beveelt om in persoon ter terechtzitting te verschijnen. Op die bepaalde terechtzitting worden de partijen door den Voorzitter uitgenoodigd om zich te verklaren; de eene, of zij er bij blijft om van het overgelegde stuk gebruik te maken, de andere, of zij blijft bij de betichting of ontkenning. Wegblijven of niet antwoorden heeft verwerping of toelating van het stuk als echt of erkend ten gevolge. Men kan dan dat onnut overblijfsel van de »inscription de faux", de akte ter griffie, vermijden en, zoodra van het gerezen geschil blijkt, kan het bevel tot oproeping van partijen gegeven worden. Bepaalt de rechter daartoe een, in verband met woonplaats en bijzondere omstandigheden waarin partijen verkeeren, bekwamen termijn, dan zijn herhaalde oproepingen niet noodig. Dus verbetering door vereenvoudiging en bovendien verbetering door het aangewezen middel, de persoonlijke verschijning en verklaring voor den rechter, die meer waarborgen opleveren voor den ernst en de waarachtigheid der verklaringen dan wanneer zij geschieden door de procureurs en alzoo bij vertegenwoordiging. Al staat het ook naar onze wetgeving den rechter vrij eene verschijning van partijen te bevelen (art. 49) en al zou deze tot uitkomst kunnen hebben dat een overgelegd stuk werd teruggenomen of van eene betichting van valschheid of betwisting van echtheid werd afgezien: aan eene niet-verschijning of weigering om te antwoorden zouden niet zonder wetsbe-

paling de hier aangewezen gevolgen verbonden zijn. Liep dan die verschijning af zonder verandering in de beweringen te brengen, dan zouden nog de verklaringen in a. 180 en 181 bedoeld door de procureurs moeten worden afgelegd. De rechter zou dan, door de verschijning van partijen te bevelen, tot deze vertooning hebben aanleiding gegeven. Reden genoeg dat hij niet geneigd zal zijn het op zich zelf uitnemende middel der persoonlijke verschijning hier te bevelen.

Dat de af te leggen verklaringen en de daaraan toe te kennen gevolgen verschillen rechtvaardigt zich door het onderscheid tusschen de gevoerde beweringen en het daaruit weder voortvloeiende onderscheid in den bewijslast bij ontkenning of betwisting; maar waartoe zooveel punten van verschil in de voorloopige maatregelen zelve tusschen betichting van valschheid en betwisting van echtheid? Dat voorschriften worden gegeven om den ernst van de gevoerde beweringen te verzekeren en tevens tot waarborg dat de bewering van de partij zelve en niet alleen van den praktizijn afkomstig is, moet worden goedgekeurd. Maar waarom te dien aanzien meer waarborgen gevorderd bij eene betichting van valschheid dan bij betwisting van de echtheid? Dat hij, die eene akte van valschheid beticht of de echtheid van een stuk staande houdt, tegenover de ontkenning of niet-erkenning tevens de bewijsmiddelen moet opgeven waarvan hij zich bedienen wil is noodig, opdat de rechter wanneer hij het onderzoek beveelt, tegelijk kan voorschrijven wat tot het in te stellen onderzoek noodig is, maar die opgave strekt tevens tot een zekeren waarborg voor den ernst van de gevoerde bewering. Waartoe nu evenwel bij betichting van valschheid »daadzaken en omstandigheden" tevens op te geven? Behalve dat door die daadzaken en omstandigheden zelve niets bewezen kan worden (wat de redactie van art. 178 a. h. e. onderstelt) vermits deze zelve voorwerp van bewijs zijn, zullen zij wel moeten opgegeven worden, wanneer de incidenteele eischer verlangt het bewijs door getuigen te leveren en mogen zij dus ook niet ontbreken, wanneer het bewijs van de echtheid door dit middel zal worden geleverd; bovendien zullen zij wel zooveel mogelijk te vermelden zijn wanneer ook het beroep op andere bewijsmiddelen wil blijken niet geheel uit de lucht gegrepen te zijn en de rechter dit met voldoende kennis van zaken zal kunnen bevelen.

De punten van verschil die men in de voorloopige maatregelen tusschen de gevallen van n°. 1 en 2 aan den eenen, en n°. 3 aan den anderen kant aantreft en die m. i. niet te rechtvaardigen zijn, zijn wellicht daaruit te verklaren dat de wetgever nog altijd de betichting van valschheid als eene hatelijke procedure heeft beschouwd (NOORDZIEK, 1827/28 II bl. 549 ad art. 40 en 45; v. D. HONERT § 178. Verg. NOORDZIEK t. a. p. I bl. 91), die hij zich verplicht achtte bijzonder te bemoeilijken, wat dan nog bovendien daarin uitkwam, dat hij, met afwijking van den Code, reeds in het Wetb. van 1830, de volgens de ord. van 1737 verplichte consignatie van boeten voor deze gedingen herstelde en voorts eene hoogere boete in uitzicht stelde voor hem die bij betichting van valschheid dan voor hem die bij ontkenning van de echtheid in het ongelijk gesteld moest worden. (Zie art. 178 § 2, artt. 196 en 197 tekst 1838). Die gedingen over valschheid vooral behoorden daarom z. i. moeilijk te worden gemaakt. Nu is het zeker voor eene gedingvoerende partij verre van aangenaam een stuk, dat zij in het proces bracht, van valschheid te hooren betichten. Doch vooreerst behoeft zij zelve van die valschheid niet bewust te zijn en waar dit wel het geval is, bestaat niet voor haar de hatelijkheid der betwisting maar ware 't veeleer eene hatelijkheid te noemen voor hem, die met stukken wordt vervolgd, welke naar zijne overtuiging valsch of vervalscht zijn, in zijne bestrijding daarvan belemmerd te worden. Het staatsbelang eischt eer de ontdekking der valschheid dan het doodzwijgen der betichting en de bescherming van het onrecht dat door het gebruik der valsche stukken zou worden gepleegd. Zelfs ware de toelating van een lichtvaardige bestrijding nog eer te verdedigen, omdat zij door het onderzoek onmiddellijk wordt gelogenstraft, indien ook die niet om andere redenen zooveel mogelijk te voorkomen ware. Maar waarin ligt de meerdere hatelijkheid, als er hatelijkheid in ligt, van eene betichting van valschheid boven die van eene ontkenning der echtheid? Neen, het is niet de hatelijke aard der gedingen, noch waar een stuk van valschheid beticht wordt, noch waar het geldt de ontkenning van de echtheid, welke den wetgever hier bijzondere voorzorgsmaatregelen moet doen voorschrijven, maar alleen de zorg dat niet zonder noodzakelijkheid deze veeltijds omslachtige en daardoor kostbare gedingen worden gevoerd. Daarom moet blijken dat partijen volharden bij de bewe-

ringen welke het onderzoek noodzakelijk maken. Geen vrees voor — veeleer bevordering van de ontdekking der waarheid, ook omdat de wetten op de algemeene rechtszekerheid gesteld hier overtreden kunnen zijn, strekke den wetgever tot richtsnoer! »Si nous considérons la nature du crime, il est si important, qu'il faudrait être ennemi du bien public pour ne pas désirer l'éclaircissement d'un fait si grave et si intéressant pour les familles". D'AGUESSEAU Oeuvres IV, p. 337.

In beide gevallen, zoowel in die bij n° 1 en 2 van art. 176 aangewezen als in dat van n°. 3, kan hij, die de echtheid of de valschheid van het stuk te bewijzen heeft, verzoeken om tot dat bewijs te worden toegelaten. Ik spreek hier liever van verzoeken dan van vorderen, omdat de toelating aan den rechter wordt gevraagd niet van de tegenpartij wordt gevorderd. Ofschoon dit duidelijk uit de wet blijkt, had toch de H. Raad, bij arr. van 20 Juni 1890 W. 5896, in overeenstemming met de conclusie van den Proc. gen. te beslissen, dat het niet voldoende is, dat iemand die een onderhandsch stuk dat ontkend wordt in het geding heeft gebracht, verklaart te persisteeren bij zijne ontkentenis; hij moet incidenteel vorderen tot bewijs daarvan te worden toegelaten. Dan eerst behoeft de andere partij te verklaren dat zij blijft ontkennen.

In welken vorm, bij welk stuk zal dit geschieden? Als antwoord op eene bij dagvaarding of bij schriftuur van antwoord in het geding gebracht onderhandsch stuk, zal de ontkenning of niet-erkenning van de echtheid van dat stuk bij schriftuur van antwoord of bij die van repliek hebben plaats gehad. Wanneer de partij, die het stuk in het geding bracht, dit als bewijsstuk wil blijven gebruiken, zal zij, dit in hare schriftuur van repliek of dupliek verklarende, verzoek moeten doen om tot het bewijs van echtheid te worden toegelaten. Zij zal dan, is haar de zaak ernst, onmiddellijk bij de beteekening van die schriftuur, de tegenpartij, overeenkomstig art. 179 doen oproepen ter terechtzitting om het verlangde onderzoek door den rechter te hooren bevelen. Alleen wanneer zij dit mocht nalaten, zal de tegenpartij, wanneer zij het in haar belang acht het opgeworpen geschil te doen beslissen, van de bij art, 179 aan de meest gereede partij toegekende bevoegdheid gebruik kunnen maken om de

andere, die de echtheid te bewijzen heeft, op te roepen, ten einde het onderzoek door den rechter bevolen worde.

Is evenwel de zaak, waarin het geschil opkomt, van summiere behandeling, dan moet de ontkenning of niet-erkenning den inhoud eener op de terechtzitting genomene conclusie hebben uitgemaakt. Verklaart de partij, welke het stuk in het geding bracht, daarop niet dat zij het stuk terugneemt, dan zal de andere wel niet anders dan bij eene ter terechtzitting genomene conclusie het verzoek kunnen doen om tot bewijs van de echtheid te worden toegelaten. Maar dan is daarmede ook tegelijk het geschil aan des rechters onderzoek en uitspraak onderworpen en kan er van de toepassing van art. 179 (oproeping bij avenir) geen sprake zijn. De wetgever kan dus daarbij niet dan zaken van gewone behandeling voor oogen gehad hebben en ook alleen de zoodanige, waarin de in art. 143 vv. beschreven wisseling van schrifturen plaats heeft.

Bij eene betichting van valschheid gaat het niet anders. Indien deze uitsluitend geschiedde bij de akte, welke volgens art. 178 § 2 ter griffie moet worden nedergelegd, en daardoor het nemen van conclusie ter terechtzitting werd uitgesloten, dan zou men zich kunnen voorstellen dat dan tot voortzetting der procedure, en bepaaldelijk tot onderwerping van het geschil aan het oordeel des rechters, eene oproeping ter terechtzitting naar art. 179 te pas kon komen. Maar die akte moet men ter griffie neerleggen om in het verzoek tot toelating van bewijs der valschheid ontvankelijk te zijn, en zoo zal ook in dit geval, wanneer de zaak tusschen partijen met conclusiën ter terechtzitting behandeld wordt, de partij die een stuk van valschheid beticht, bij eene ter audientie genomen conclusie, met verwijzing naar de ter griffie neergelegde akte, het verzoek tot toelating moeten doen en, terwijl het geschil aan des rechters onderzoek en uitspraak wordt onderworpen, vervalt de mogelijkheid om art. 179 in toepassing te brengen.

Heeft die betichting in een van de gewisselde schrifturen plaats gehad en is daarop geantwoord door de tegenpartij dat zij er bij blijft zich van het stuk te willen bedienen, dan zal er eigenlijk geen geschil over de valschheid zijn, indien niet de betichter verzoek doet om tot bewijs te worden toegelaten, na overlegging van de akte bedoeld in art. 178 § 2 en dan zal ook hij wel de

meest gereede partij zijn. Bleef hij stilzitten zonder verzoek te doen dan zou de tegenpartij niet oproepen overeenkomstig art. 179, maar, dewijl er inderdaad geen geschil bestaat, tot voortprocedeeren op de hoofdzaak.

Het komt mij alzoo voor dat, hoe algemeen de bepaling van art. 179 luide, de wetgever daarbij alleen voor oogen heeft gehad, het geval dat het geschil over echtheid of valschheid zich openbaart in eene tot instructie der hoofdzaak plaats hebbende wisseling van schrifturen, dat hij voor dit geval de oproeping ter terechtzitting voorschreef, omdat deze nu voor dit incident moest plaats hebben, dat tot klaarheid moet worden gebracht voordat met de behandeling der hoofdzaak kan worden voortgegaan; dat hij daarbij de vermelding van de »meest gereede partij" als de gewone uitdrukking heeft aangenomen, maar overigens, waar het geding door conclusies ter terechtzitting geïnstrueerd werd, geen bijzondere bepaling heeft noodig geacht. Het behoeft geen betoog dat de opheffing van het onderscheid tusschen de summiere en gewone behandeling en de uitsluitende toelating van de eerste, ook hier vereenvoudiging teweeg kan brengen en alle onduidelijkheid doen verdwijnen. Verg. het Ontwerp in de toelichting van de 10e afd. van tit. I B. II bl. 158.

De bepaling van art. 178 § 2, welke de strekking heeft om door de partij zelve eene verklaring betreffende de valschheid te doen uitbrengen is op zich zelve alleszins gerechtvaardigd, al zou het doel op eenvoudiger wijze bereikt kunnen worden. Het geldt hier niet eene rechtskundige waardeering van het stuk maar eene op persoonlijke wetenschap berustende overtuiging. Maar waarom wordt dergelijke verklaring niet gevorderd bij ontkenning of niet-erkenning van echtheid? Geldt hier niet gelijke ratio? Is het een minder ernstige, minder van persoonlijke overtuiging afhankelijke zaak een onderhandsch stuk van valschheid te betichten dan de handteekening eener onderhandsche akte te ontkennen? Sluit deze laatste ook niet werkelijk eene betichting van valschheid in zich? Immers, hoe is die handteekening onder het stuk gekomen, als degene, van wien zij afkomstig schijnt, haar inderdaad er niet onder heeft geplaatst? Had zelfs niet, naar de wet van 1838, in in het een en het andere geval de partij die de echtheid ontkende zoo goed als de van valschheid betichtende partij eene veroor-

deeling tot boete en veroordeeling tot schadevergoeding en lijfsdwang te duchten, wanneer zij in het ongelijk werd gesteld? Heeft op de gemaakte onderscheiding de hatelijkheid van de procedure wegens valschheid invloed geoefend, kan zij daardoor dan gerechtvaardigd heeten? Men bedenke dat wij hier een overblijfsel hebben van de fransche »inscription de faux incident".

Dat de onderteekening van de partij zelve of die van een bijzonder daartoe bij authentieke akte gemachtigde tot waarborg moet strekken dat de verklaring van de partij zelve afkomstig is, valt in het oog. Het gevolg is dat wel de procureur als gemachtigde kan optreden maar dat hij dit hier niet uit kracht van deze zijne betrekking kan doen. Verg. Dl. I, bl. 187 v. Meer afdoende ware eene persoonlijke verklaring ter terechtzitting en, in verband daarmede, de persoonlijke verschijning van partijen, waarvan ik hierboven sprak.

Wat de verklaringen aangaat, welke de wet wil dat nu door partijen worden afgelegd, opdat duidelijk blijke dat het verlangde onderzoek noodzakelijk is, en niet blijke overbodig te zijn doordien het betwiste stuk buiten het geding wordt gehouden, de regeling daarvan in art. 180 en 181 voorkomende loopt goed bij eene betwisting van valschheid. Immers op het door den betichter van valschheid gedaan verzoek om toegelaten te worden tot het bewijs der valschheid slaat geheel terug de van de andere partij gevorderde verklaring dat zij zich van het stuk wil blijven bedienen niettegenstaande de beweerde valschheid. Ook is het eene volkomen gewettigde gevolgtrekking uit hare weigering om eenige verklaring af te leggen en uit eene herhaalde niet-verschijning op eene tweede oproeping, dat zij er van afziet om het stuk te gebruiken, zoodat het dan buiten het geding wordt gehouden. En wanneer de partij daarentegen er bij blijft om zich van het stuk te bedienen, is het, waar men zich door herhaalde verklaringen van den ernst van partijen omtrent hunne beweringen verzekeren wil, volkomen juist nu nog van de partij, die het stuk van valschheid beticht, de verklaring te vorderen dat zij, ofschoon de andere toont het onderzoek niet te schroomen, er bij blijft om dit onderzoek te verlangen en daartoe te verklaren dat zij bij hare betichting van valschheid volhardt.

Ook hier wordt volkomen terecht uit de weigering om die ver-

klaring af te leggen of niet-verschijning op eene tweede oproeping afgeleid, dat men van de betichting afziet, en dientengevolge het stuk als echt in het geding toegelaten.

Hier kan men met recht zeggen dat hij die zwijgt of niet verschijnt waar verschijnen en spreken plicht was, geacht moet worden ongelijk te erkennen.

Waar het evenwel geldt eene ontkenning of niet-erkenning van een onderhandsch stuk kloppen de voorgeschreven verklaringen niet even goed. Immers, wanneer eene zoodanige ontkenning of niet-erkenning is uitgebracht, wordt daarop door de partij, die het stuk in het geding bracht, het onderzoek gevraagd. Doet zij dit, dan ligt daarin noodzakelijk de verklaring opgesloten dat zij zich van het stuk wil bedienen. Deze verklaring zal alleen dan nog in het bijzonder van haar kunnen worden gevorderd in het wel mogelijke maar min denkbare geval, dat zij bij eene aan de tegenpartij beteekende schriftuur, in antwoord op de ontkenning, heeft verklaard te verzoeken tot het bewijs der echtheid te worden toegelaten zonder tevens de tegenpartij ter terechtzitting te roepen om dat verzoek te hooren toewijzen, zoodat dan die oproeping van die tegenpartij als »meest gereede partij" uitgaat. Ook zou het kunnen gebeuren, dat de partij die het stuk in het proces bracht op de ontkenning het stilzwijgen bewaarde, maar ik twijfel of dan de tegenpartij wel zou moeten oproepen om een uitspraak des rechters over een in te stellen onderzoek uit te lokken, dat nu door de belanghebbende niet werd gevraagd en of zij niet veeleer bevoegd zou zijn om, bij het onbeantwoord blijven harer ontkenning, de andere op te roepen, als berustte zij in die ontkenning, tot voortprocedeeren op de hoofdzaak. — Op het gedaan verzoek tot bewijs ingeval van ontkennen of niet-erkenning zal dus, althans in den regel, dewijl daarin eene verklaring om zich van het stuk te bedienen ligt opgesloten en deze daarmede des noods kan worden verbonden, niet anders volgen dan de verklaring van de partij die de echtheid ontkende of niet erkende dat zij daarbij blijft, zooals in art. 181 is voorgeschreven en met de gevolgen dáár aan de weigering of niet-verschijning verbonden.

Het komt mij voor dat op deze wijze de in de artt. 180 en 181 liggende bedoeling des wetgevers tot haar recht komt, welke alleen daardoor min duidelijk schijnt uitgedrukt te zijn, doordien

de wetgever, bij het voorschrijven van gelijke regelen voor de gevallen sub 1 en 2 van art. 176 en die van n°. 3, de onderscheiden positie van de partijen, uit het verschil hunner beweringen voortvloeiende, niet voldoende uit elkander heeft gehouden. Eigenlijk heeft hij hier in art. 180 § 1 tot een algemeen voorschrift gemaakt wat, uit de fransche procedure over het faux incident afkomstig, ook voor de betwisting van valschheid zooals die nu bij ons geregeld is, reden van bestaan zoo goed als verloren heeft en voor die procedure bij de oude fransche rechtsgeleerden als eene singulariteit werd beschouwd. Art. 215 C. de pr. schreef toch voor dat de partij die eene akte van valschheid wilde betichten vooraf de andere moest sommeeren om te verklaren of zij zich van de akte wilde bedienen: »avec déclaration que, dans le cas où elle s'en servirait, il s'inscira en faux." BORNIER teekende op art. 6 tit. 9 van de ord. van 1670 aan. »C'est une des singularitez qui se rencontrent dans l'instance de faux qu'encore qu'une Partie ait produit un faux instrument si est-ce qu'avant que d'engager plus avant l'instance, l'on commence par faire déclarer au produisant s'il veut s'en servir et soutenir la pièce par lui produite ou non; et, s'il déclare s'en vouloir servir, alors commence l'instance de faux." Maar bij ons is het verzoek om tot bewijs te worden toegelaten en de daarbij hoorende verklaring van art. 178 § 2 reeds gedaan. Naar den Code volgde dit op de verklaring dat zij zich van het stuk wilde bedienen, art. 218.

Voorts dient nog opgemerkt dat de mogelijkheid van eene herhaalde oproeping bij niet-verschijning altijd eene eerste oproeping ter terechtzitting onderstelt, die evenwel vervalt wanneer de betichting van valschheid of het op de niet-erkenning gevolgde verzoek bij conclusie ter audientie heeft plaats gehad, waaraan geene oproeping voorafging. Om nu in zoodanig geval de bepalingen der wet overeenkomstig haren geest toe te passen, zal men moeten onderstellen dat òf de tegenpartij op de terechtzitting, waar die conclusie genomen werd, niet verscheen en dientengevolge hare oproeping op eene volgende terechtzitting werd bevolen, òf dat zij, een uitstel voor hare verklaring tot eene volgende terechtzitting bekomen hebbende, op die terechtzitting niet verschenen is. Deze niet-verschijning zou dan gelijk staan met de in art. 180 § 4 en 181 § 4 aangewezen niet-verschijning op de tweede oproeping.

Is deze mijne ontleding van de positie der partijen ten aanzien van het incident, in verband met de onderscheiden behandeling van de hoofdzaak, juist, en vergis ik mij niet in de wijze waarop de wet dientengevolge moet worden toegepast, dan moet van 's wetgevers regeling in de artt. 180 en 181 wel gezegd worden: »brevis esse laboro, obscurus fio." Bij eene regeling als Genève voorschrijft vervallen de aangeduide moeielijkheden.

Die eenvoudige verklaringen om zich van een stuk te willen bedienen of niet te willen bedienen kunnen moeilijk den inhoud van conclusiën uitmaken. Het komt mij voor dat zij zelfs niet schriftelijk behoeven te worden gedaan, maar dat de procureurs die verklaringen ter terechtzitting mondeling kunnen afleggen en dat daarvan akte gevraagd en door den rechter gegeven wordt en de verklaringen in het audientieblad worden opgeteekend. Tevens kan dan het daaraan verbonden gevolg: »buiten het geding houden of niet-toelaten in het geding" door den rechter worden uitgesproken buiten vorm van vonnis, terwijl ook hiervan door den griffier aanteekening wordt gehouden op het audientieblad. Hetzelfde geldt van het niet-verschijnen en het daaraan verbonden gevolg.

Maar is de rechter nu volstrekt verplicht het onderzoek te bevelen, of heeft hij te onderzoeken, of het verlangde onderzoek voor de beslissing der hoofdzaak afdoende kan zijn en, in geval van betwisting van valschheid, in 't bijzonder, of de aangevoerde feiten (en omstandigheden) afdoende zijn om tot bewijs van valschheid te leiden? Het komt mij weinig twijfelachtig voor dat deze vraag in laatstgemelden zin moet worden beslist. Indien de echtheid wordt ontkend of niet-erkend, of ook wanneer de valschheid beweerd wordt en er grond bestaat om het bewijs, dat degene die het stuk in het geding bracht daardoor meent te leveren, als niet afdoende te beschouwen, dan is het te verwachten, dat de ontkennende of van valschheid betichtende partij op grond daarvan tegelijk het niet afdoende van de akte beweren zal en dit is ook te verwachten, wanneer de feiten en omstandigheden uit welker bewijs men de valschheid afleiden wil, naar 't oordeel der tegenpartij, daartoe niet afdoende zijn. Dan zal de rechter van zelf dat beweren onderzoeken en dit gegrond bevin-

dende het verlangde onderzoek weigeren. Maar zelfs indien dergelijke bezwaren door den verweerder op het incident niet mochten zijn voorgedragen, zal m. i. de rechter, een onderzoek als niet ter zake dienende en afdoende beschouwende, ambtshalve het verzoek moeten afwijzen. Al wordt het hier niet uitdrukkelijk gezegd, er is geen de minste reden om den door het gezond verstand en de eischen eener richtige procesvoering voorgeschreven. regel: »frustra probatur quod probatum non relevat" hier uit te sluiten, te minder als men den tegenzin in aanmerking neemt, waarmede de wetgever dit incident bejegent. Daartegen kan volstrekt geen argument worden afgeleid uit art. 1914 B. W. Dit beteekent alleen dat het geschil over de echtheid door een gerechtelijk onderzoek moet worden uitgemaakt en dit daarom door den rechter bevolen moet worden. Volgde er de absolute verplichting uit voor den rechter om het onderzoek te bevelen wanneer dit gevraagd wordt, dan zou 't vreemd zijn, dat bij betichting van valschheid niet zoodanig bevel werd gegeven. Uit het »kunnen vorderen" van art. 177 en 178 wordt met even weinig grond een argument geput. Want behalve dat die vordering een verzoek beteekent, staat tegenover zoodanige vordering niet de verplichting des rechters om die vordering toe te wijzen of aan het verzoek te voldoen, maar om naar de gegrondheid daarvan onderzoek te doen en na dat onderzoek daarop recht te spreken. Dan zal hij daartoe termen vindende de vordering of het verzoek even goed kunnen afwijzen als toewijzen. Waartoe, mag men verder vragen, dat beroep op feiten en omstandigheden voorgeschreven, indien de rechter het ter zake dienende en afdoende daarvan hier niet zou mogen, ja niet veeleer zou moeten beoordeelen? Dat die vermelding bij de vordering om tot het bewijs van echtheid te worden toegelaten in art. 177 niet voorkomt, belet niet dat ook dáár de gegrondheid van het verzoek om door een of ander der aangewezen middelen het bewijs te leveren voor den rechter moet blijken. Ja zelfs wanneer de rechter de onjuistheid der ontkenning of niet-erkenning al dadelijk niet twijfelachtig mocht vinden, bindt de bepaling van art. 1914 B. W. hem niet om een onderzoek te bevelen. Over de beteekenis van art. 1324 C. C., ons 1914 B. W., in verband met de bepalingen van den C. de pr., zie Garsonnet § 289 en de n[t] 15 aangehaalde schrijvers en jurisprudentie. Al volgde

voor de betichting van valschheid het oordeel des rechters over de toelating duidelijker uit de bepaling van den C. de pr. (art. 214: »s'il y échet" Locré XXI p. 554 n°. 122) ook bij ons moet in dit geval hetzelfde aangenomen worden. Dus de Pinto II bl. 328, Oudeman I bl. 231 en de aldaar aangehaalde schrijvers.

Hij die verzoekt tot het bewijs der echtheid van het geschrift tegenover de ontkenning of niet-erkenning daarvan of tot het bewijs van de valschheid te worden toegelaten, moet de middelen aangeven, door welke hij vermeent dat bewijs te leveren. Ook die opgave waarborgt den ernst van het beweren en het dientengevolge gedaan verzoek. Maar hij is tot de drie aangegeven middelen beperkt en dewijl, waar bewijs door getuigen is toegelaten, eveneens bewijs door vermoedens kan worden geleverd, zal ook op het bewijs van deze het getuigenbewijs gericht kunnen zijn. Andere bewijsmiddelen schijnen mij toe uitgesloten te zijn, door de uitdrukkelijke opnoeming in art. 177 en art. 178 »Wij gelooven", dus Oudeman t. a. p. bl. 228, »dat naar de bedoeling des wetgevers, het onderzoek naar de echtheid of valschheid van het stuk niet anders kan geschieden dan door de drie middelen bij art. 177 en 178 opgenoemd; terwijl echter partijen met opzicht tot het bewijs der echtheid of valschheid kunnen gebruik maken van de overige middelen in art. 1903 B. W. voorkomende". Des schrijvers bedoeling is mij niet duidelijk. Immers om het onderzoek is het hier te doen en opdat dit kunne plaats hebben moet de partij verzoeken te worden toegelaten tot het bewijs door een der aangewezen middelen; dit is het wat de eene partij tegenover de andere van den rechter moet vragen, langs dien weg heeft de eene partij tegenover de andere het bewijs te leveren; de tegenstelling welke de schrijver maakt tusschen »het onderzoek door de drie middelen" en »het gebruik door partijen van andere middelen tot bewijs" komt mij daarom niet gerechtvaardigd voor. Vermits evenwel waar getuigenbewijs is toegelaten ook bewijs door vermoedens toegelaten is en deze uit feiten kunnen worden afgeleid die door getuigen bewezen worden, ligt de toelating van dit middel van bewijs in de toelating der drie genoemde opgesloten. En wat zou hier de bekentenis geven? Als de partij die aanving met de echtheid van het stuk te ontkennen daarbij blijft, dan wordt het onderzoek noodig; komt zij daarop terug dan heeft

zij daartoe de gelegenheid, door, overeenkomstig de bepaling van art. 181, te weigeren te antwoorden, niet te volharden bij de eerste verklaring of niet te verschijnen. Eene dergelijke gelegenheid wordt haar ook nog gegeven bij den aanvang van het onderzoek naar art. 183. Een en ander geldt ook bij eene betichting van valschheid, waarvan, volgens art. 180, op gelijke wijze kan worden teruggekomen. Eene onmiddellijke bekentenis dat het stuk echt is na aanvankelijk dit te hebben ontkend, komt derhalve niet te pas en zou in ieder geval moeten worden uitgelegd in dien zin dat van de ontkenning, de niet-erkenning of de betichting van valschheid wordt afgezien. Blijft over de eed.

Maar waarin zal die eed, welke altijd een handeling moet betreffen van hem aan wien hij wordt opgedragen (art. 1968), bestaan? Zal men, de betichting van valschheid daarop gronddende dat de tegenpartij de akte heeft vervalscht, haar laten zweren dat zij het niet deed en haar bij weigering in het ongelijk stellen? Zou men veel baat kunnen vinden bij dergelijke eedsopdracht en is het van den wetgever te verwachten, dat hij de eedsopdracht in dergelijk geval wil toelaten? Is het verder met de bepalingen van art. 1913 en 1914 B. W. overeen te brengen, dat aan hem die zijne handteekening ontkent de eed worde opgedragen dat hij zijne handteekening niet onder het stuk plaatste en bij weigering het stuk voor erkend te houden? Neen! Wanneer men al uit artt. 177 en 178 op zich zelf redeneerende zich door het »inclusio unius, alterius exclusio" niet behoefde te laten afschrikken, men deed verkeerd eenig en alleen op die artikelen af te gaan. Het verband met andere bepalingen en de aard der gevallen waarover zij handelen, en de ratio legis toonen hier duidelijk aan dat de wetgever niet anders heeft kunnen willen dan met het noemen van enkele, de overige bewijsmiddelen uit te sluiten of zelfs dat hij ze niet toepasselijk heeft geacht. Treilhard zeide in zijn Exposé de motifs voor het Wetgevend Lichaam: »La conviction du magistrat s'opère par la réunion de toutes ces preuves et ce qui pourrait manquer dans l'une pour une parfaite démonstration, peut être suppléé par ce qui résulte de l'autre. Encore une fois, on admet et on se contente du concours des trois preuves, par titres, par experts et par témoins, parcequ'il est impossible d'en imaginer une quatrième; et que, dans la nécessité de prononcer sur le sort d'une pièce soutenue vraie d'une part, sou-

tenue fausse de l'autre, on est bien forcé de se déterminer par les seules espèces de preuves que la matière peut comporter". LOCRÉ XXI, p. 541 n°. 44. Toch wordt de toelating van den aanvullenden eed mogelijk geacht door het Hof van Cassatie waarvan CHAUVEAU melding maakt op CARRÉ Q. 804 en op den beslissenden eed als eenig redmiddel gewezen door CARRÉ en CHAUVEAU Q. 828.

Zal de partij, die het onderzoek verlangt, eenvoudig kunnen volstaan met te concludeeren dat zij tot het bewijs verzoekt te worden toegelaten »hetzij door bescheiden, hetzij door deskundigen, hetzij door getuigen"? Bij de betichting van valschheid zal zij de daadzaken en omstandigheden moeten opgeven waaruit zij beweert dat de valschheid of vervalsching kan worden afgeleid. Beteekent dit iets, dan zal ook het opgegeven bewijsmiddel daarmede verband moeten houden. Wat zal, waar eene intellectueele valschheid beweerd wordt, een bewijs door deskundigen helpen? Waartoe een beroep op bescheiden of deskundigen, waar iemand beweert dat aangewezen personen de valschheid hebben zien plegen en het feit derhalve door getuigen kan worden uitgemaakt? En ofschoon in art. 177 van die opgave van feiten en omstandigheden geen melding wordt gemaakt, moet toch ook wel, zal de opgave van eenig bewijsmiddel iets beteekenen, de reden worden aangegeven, waarom men van dit of dat bewijsmiddel wil gebruik maken en ligt dan ook daarin de opgave van feiten en omstandigheden opgesloten. Dit komt nog te meer daarin uit dat, vermits voor een te bevelen getuigenverhoor hier geen bijzondere bepalingen gemaakt worden, het vonnis, hetzij de hoofdzaak van summiere of van gewone behandeling is, wel zal moeten bevatten de te bewijzen feiten art. 200 § 1 j°. 103 § 3, 206, 208. De bewijsmiddelen, waarvan men gebruik wil maken, moeten dus bepaaldelijk en in verband met het voorhanden geval worden aangewezen.

Overigens neemt het gezegde niet weg, dat men zich niet bij één van de drie bewijsmiddelen behoeft te bepalen; er kan reden bestaan om te verlangen van meer dan een gebruik te maken. TREILHARD t. a. p.

Bij het verzoek om tot de betichting van valschheid te worden toegelaten, zal tevens de schorsing van de uitvoerbaarheid der authentieke akte kunnen worden gevraagd. En het komt mij nauwelijks twijfelachtig voor, of niet daartoe een provisioneele

eisch zal kunnen worden ingesteld. Het geval is daarvoor bij uitnemendheid geschikt. Verg. Dl. III bl. 7. Reeds op bl. 123 teekende ik aan dat het Wetb. v. B. R. geene bijzondere bepalingen omtrent dit punt bevat, wat art. 1909 B. W. schijnt te vooronderstellen. Maar die verwijzing in algemeene termen kan nu geen andere beteekenis hebben dan dat de algemeene regelen van rechtspleging hier moeten worden gevolgd om datgene wat het Burgerl. Wetboek toelaat, door tusschenkomst des rechters te verkrijgen. Wat de rechter bevelen mag, — en dat wordt noodzakelijk ondersteld, wanneer de wetgever zegt dat iets kan geschieden overeenkomstig de bepalingen van het Wetb. van B. R., — dat mag de rechtzoekende vragen of vorderen.

§ 117. VERVOLG. HET BEVEL TOT ONDERZOEK.

Het vonnis dat het onderzoek beveelt.

Bij het vonnis, waarbij de rechter beveelt dat er een gerechtelijk onderzoek zal plaats hebben, gelast hij dat, indien het bewijs geleverd wordt door bescheiden, deze in het geding zullen worden gebracht.

Wordt een getuigenverhoor bevolen dan gelden daaromtrent de in de art. 199 vv. en 103 vv. gegeven bepalingen.

Moet de echtheid of valschheid uit een onderzoek van het betwiste stuk blijken, dan benoemt de rechtbank, indien het haar daartoe aan de noodige bijzondere kennis ontbreekt, bij hetzelfde vonnis drie deskundigen, die zij zelve aanwijst of waaromtrent zij de keus van partijen kan volgen, wanneer deze eenstemmig zijn.

De rechtbank bepaalt in dit laatste geval den dag voor het onderzoek bij het vonnis, na ten minste veertien dagen. Het onderzoek wordt zoo noodig aan de leiding van een rechtercommissaris toevertrouwd bij hetzelfde vonnis te benoemen.

In ieder geval houdt het vonnis den last in dat het betwiste stuk, behoorlijk omschreven en door den voorzitter en den griffier gewaarmerkt, ter griffie worde overgebracht om aldaar bewaard te worden. De partijen zijn bevoegd om van het alzoo in bewaring gebrachte stuk en van de akte van omschrijving en overbrenging ter griffie, aldaar inzage of afschrift te nemen. Art. 182.

Uit de art. 176—178, ook in verband met artt. 1913 en 1914 B. W., blijkt, dat de wetgever, in alle gevallen van betwisting

van echtheid van geschriften, een uitspraak des rechters eischt, opdat het bewijs van echtheid of valschheid kunne worden toegelaten, en uit de artt. 179—181 volgt, dat dit bewijs in geen geval toegelaten wordt, als niet vooraf is gebleken dat partijen bij hare beweringen volharden. Welk dus het bewijsmiddel moge zijn, dat over het geschil licht zal verspreiden, altijd ligt in de toepassing daarvan het onderzoek naar de echtheid of valschheid. De toelating van een of ander bewijsmiddel is dus altijd m. a. w. een bevel dat er een gerechtelijk onderzoek zal plaats hebben. Het gerechtelijk onderzoek, waarvan het opschrift der vijfde afdeeling van tit. III gewaagt, heeft blijkbaar eene algemeene beteekenis. Het beteekent nl. het onderzoek in rechte of door den rechter, die beveelt dat dit door aanwending van het middel van bewijs door bescheiden of door getuigen zal geschieden of door het betwiste stuk op nader aangegeven wijze aan een onderzoek door deskundigen te onderwerpen voor zoover hij het niet zelf kan doen. Toch vat de wetgever het gerechtelijk onderzoek in art. 182 in beperkter zin op. Hij schijnt het dáár bij uitnemendheid te verstaan van het onderzoek door deskundigen. Dit kan het gevolg daarvan zijn, dat van dit bewijsmiddel in het algemeen in art. 222 gezegd wordt dat het door een onderzoek plaats heeft; het kan ook het gevolg zijn daarvan, dat bij het bevelen van dit bewijsmiddel enkele bijzondere bepalingen te maken waren, terwijl ook voor het door deskundigen in te stellen onderzoek zelf nadere voorschriften gegeven moesten worden. De derde afdeeling van de Tweede Kamer had echter geen ongelijk, toen zij, naar aanleiding van art. 182, vroeg »of de benoeming van deskundigen volstrekt en in alle gevallen gevorderd wordt, zelfs dan wanneer de daad van vervalsching van het geschrift door onwraakbare getuigen zou kunnen worden bewezen". V. D. HONERT ad § 182, NOORDZIEK B. R. 1827/28 II blz. 451. De Regeering schijnt die opmerking geene beantwoording waard te hebben geacht, misschien omdat de ontkennende beantwoording te duidelijk volgde uit de uitdrukkelijke aanwijzing van drieërlei bewijsmiddel, terwijl het duidelijk is, dat er meer gevallen kunnen voorkomen waarin men aan een onderzoek van deskundigen niets zou hebben. Zelfs komt het mij voor, dat de wijze waarop de wetgever voorschrijft, dat door de echtheid staande houdende of de valschheid bewerende partij verzoek moet gedaan worden om door een der

aangevoerde bewijsmiddelen haar beweren te staven, de rechter hier niet ambtshalve, maar alleen wanneer de toelating van bewijs door deskundigen bepaald is verzocht, een onderzoek van deskundigen kan bevelen. De vraag der derde afdeeling had evenwel de Regeering moeten doen inzien, dat art. 182 te beperkt is gesteld en dat eene bepaling omtrent toelating tot bewijs door getuigen of door bescheiden in het vonnis waarbij het onderzoek bevolen wordt, wanneer partijen bij hare beweringen volharden, niet overbodig ware geweest.

Dat ook daarvoor een vonnis noodig is, is duidelijk want de rechter moet een uitspraak geven op het gedaan verzoek tot bewijsvoering door welk middel ook, maar dat art. 182 daarop niet kan worden toegepast, is niet minder duidelijk.

Ik zie dan ook geen noodzakelijkheid noch nut, dat een dag bepaald werde, vooral niet een dag na ten minste 14 dagen waarop de bescheiden in het geding zullen worden gebracht*). Doch wel nuttig en geheel overeenkomstig den aard van het geding, niet het minst overeenkomstig het oogpunt, waaruit de wetgever het beschouwde, zou eene bepaling geweest zijn, die den eischer van echtheid en die van valschheid aan een termijn bond, na welken het betwiste stuk waarvan de echtheid beweerd werd, buiten het geding zou worden gehouden, of het van valschheid betichte stuk als echt zou worden toegelaten. Indien nu een vervallenverklaring van de instantie voor den eischer van valschheid het eenig dwangmiddel is, welk een uitstekende gelegenheid heeft dan de wetgever den betichter van valschheid gegeven om dit middel, hetwelk volgens den Heer BEELAERTS VAN BLOKLAND al dikwijls zou neerkomen »op de uitvluchten of exceptien non habentis pecuniam", juist daartoe aan te wenden!

Hoe de beweerde echtheid of valschheid van een stuk door

*) Hoe de wetgever aan die 14 dagen gekomen is, is mij niet gebleken. In het Ontwerp wordt in art. 87 gelijke bepaling gevonden. De rechter beveelt dat in eene door hem te bepalen terechtzitting, doch eerst na veertien dagen, het gerechtelijk onderzoek over de echtheid, onechtheid of valschheid van het geschrift zal worden aangevangen. Dan komt men overeen over de stukken van vergelijking en reeds dadelijk of ook later, als het aangevangen onderzoek daartoe aanleiding geeft, kunnen deskundigen benoemd worden, a. 95. Ditzelfde is toepasselijk op het getuigenverhoor, a. 96. Maar van het onderzoek te bevelen door bescheiden wordt in 't Ontwerp evenmin gesproken. Het is niet onmogelijk dat men bewijs door bescheiden heeft meenen terug te vinden in de stukken van vergelijking. Maar dan blijft ook in het Ontwerp de door mij aangeduide lacune bestaan.

bescheiden kan bewezen worden, zie men bij de door OUDEMAN § 90 aangehaalde fransche schrijvers. Voorts GARSONNET p. 444 n[t] 15 p. 465 n[t] 3. Door het tribunaat werd bij de vaststelling van den Code opgemerkt: »la loi est forcée sur ce point de se remettre au discernement du juge". (LOCRÉ t. a. p. p. 599 n°. 4) nl. in hoeverre en welke gevolgtrekking tot bewijs uit dergelijke stukken te maken.

De onachtzaamheid des wetgevers met opzicht tot eene nadere bepaling omtrent het door bescheiden te leveren bewijs, laat zich wellicht daaruit verklâren dat hij dit, evenals dat door getuigen te leveren, aan de daarover elders voorkomende bepalingen kon overlaten, doch dan vergat hij toch, dat in dit zoó bijzonder geval een bevel tot leveren van bewijs door bescheiden noodig is en deze tot het bewijs van echtheid of valschheid van een in het geding gebracht stuk, niet zonder uitdrukkelijke toelating des rechters, in het geding gebracht mogen worden.

Beveelt de rechter nu een getuigenverhoor, dewijl de wet het bewijs door getuigen toelaat, dan moet zijn vonnis van zelf ingericht worden overeenkomstig de bepalingen het getuigenverhoor betreffende en zal de aard van de hoofdzaak, waarin het incidenteel geschil over de echtheid voorkomt, beslissen of de regelen van het getuigenverhoor in gewone zaken of die voor summiere zaken voorgeschreven moeten worden toegepast. De wetgever verwijst in art. 191 a. h. e. uitdrukkelijk naar »de voorschriften op het getuigenverhoor", doch maakt daarbij geen melding van de onderscheiding der zaken in die voorschriften voorkomende.

De eenige bijzondere bepaling, welke de wet hier met opzicht tot het bewijs door getuigen maakt, is die van art. 191. De kracht van de bepaling in het eerste lid van dit artikel voorkomende zal wel niet daarin gelegen zijn, dat de zoodanigen als getuigen kunnen worden gehoord, welke het geschrift hebben zien schrijven of teekenen, vermits uit dergelijke verklaringen onmiddellijk de echtheid of valschheid van het stuk kan blijken, maar veeleer daarin dat ook zij kunnen worden gehoord, die kennis hebben van de feiten, welke dienen kunnen om de waarheid te ontdekken. Behooren tot deze laatsten de zoodanigen »welke dengene aan wien het betwiste stuk wordt toegeschreven, hebben hooren erkennen dat hij het geschreven of onderteekend

heeft, of welke zijn gewoon schrift of handteekening volmaakt kennen" (OUDEMAN § 94), ook zullen, met het oog op de in de eerste plaats in het artikel genoemde, wel tot de tweede categorie gebracht moeten worden zij die, tegenwoordig geweest zijnde bij het opmaken der akte, kunnen weten of de daarin verklaarde feiten werkelijk hebben plaats gehad. Deze zijn toch getuigen van het feit zelf der gepleegde intellectueele valschheid. De vraag of de getuigen van de akte als getuigen over de akte gehoord mogen worden is sedert TOULLIER t. IX n°. 312, door de fransche jurisprudentie algemeen in bevestigenden zin beantwoord. Uitvoerig handelt over dit punt BONCENNE IV, p. 112 vv. vooral p. 120 vv. CARRÉ en CHAUVEAU Q. 926. Verg. Pandectes belges t. 43 v°. Faux incident n°. 293 vv. Wat betreft de zoodanigen die getuigenis afleggen omtrent de identiteit van het schrift daar zij dit volkomen kennen, het is niet tegen te spreken dat deze verklaringen van de gewone verklaringen van getuigen afwijken en iets hebben van oordeelen van deskundigen (BONCENNE IV, p. 530) doch ik acht hen te eerder hier door den wetgever bedoeld, dewijl hij kennelijk iets bijzonders omtrent de getuigen had te bepalen en de hier bedoelde personen geheel beantwoorden aan het vereischte »dat zij kennis hebben van de daadzaken welke dienen kunnen om de waarheid te ontdekken". Zie dan ook in dezen zin CHAUVEAU op CARRÉ Q. 854, 2°. in overeenstemming met het fr. Hof van Cassatie doch in strijd met PIGEAU.

De toelating van het getuigenbewijs heeft, èn bij de vaststelling van den C. d. pr. èn bij die van ons wetboek, ernstige bezwaren ontmoet. Het tribunaat zag er een nieuwigheid in of liever eene wederinvoering van hetgeen vroeger zou zijn afgeschaft. Immers, ofschoon de Ord. van 1667 het toeliet (art. 7, tit. XII), werd in het edict van 1684 het getuigenbewijs niet meer vermeld. Doch JOUSSE wees er reeds op, dat art. 6 van 't edict van 1684 daartoe niet afdoende was, aangezien art. 12 van den titel: des reconnaissances en matière crim. van de ord. van Juli 1737 eene bepaling inhoudt met art. 7 der Ord. 1667 overeenkomende. JOUSSE ad art. 7 tit. XII. Het voornaamste bezwaar zag het tribunaat dan ook in het stelsel van den C. Civ. omtrent het getuigenbewijs, daar hier een middel aan de hand zou gegeven worden om het verbod te ontduiken van bewijs door getuigen te leveren tegen verbintenissen in geschrifte geconstateerd. LOCRÉ XXI

p. 445. Bij ons zag men strijd met het verbod om uit overeenkomsten spruitende verbintenissen boven zeker geldelijk bedrag door getuigen te bewijzen. V. D. HONERT op § 191, NOORDZIEK 1827/28 II, bl. 406 op art. 53. Ik geloof dat de bezwaren niet gegrond zijn maar dat zij, noch bij de beraadslagingen over het fransche wetboek, LOCRÉ t. a. p. p. 602 n°. 9, noch bij ons op afdoende wijze zijn weerlegd. V. D. HONERT t. a. p., NOORDZIEK t. a. p. bl. 550.

Het door het fransche tribunaat geopperde bezwaar zou wijzen op strijd met hetgeen bij ons in art. 1934 B. W. verboden wordt. Maar art. 1934 sluit uit bewijs door getuigen van verklaringen buiten de akte, welke den inhoud van de akte zelven zouden vernietigen. Daarbij wordt dus de waarheid van hetgeen in de akte staat niet betwijfeld. Hier komt het aan op bewijs van de onwaarheid van hetgeen in de akte vermeld is. Verg. BONNIER n°. 644.

Wat den bij ons beweerden strijd met art. 1933 aangaat, wanneer beweerd wordt dat even goed als drie schurken een fatsoenlijk man van zijn fortuin kunnen afhelpen, wanneer door hun getuigenis het sluiten van eene overeenkomst mocht worden bewezen, dit even goed zou kunnen gebeuren als men drie schurken toelaat om te getuigen dat zij een voorgebracht stuk hebben zien teekenen, dan wordt dit bezwaar niet weerlegd door de opmerking der Regeering dat in het geval van ontkenning der handteekening het bewijs door getuigen niet kan worden gemist. Maar het beginsel van art. 1933 wordt door de 1e afd. der 2e Kamer niet juist weergegeven. Ware de wetgever daarvan uitgegaan, hij zou in geen enkel geval het bewijs door getuigen moeten toelaten. Het beginsel is, dat, bij de om meer dan eene reden aan te nemen wisselvalligheid van het getuigenbewijs, dit moet worden uitgesloten, waar geschrift had kunnen worden opgemaakt en dat dit hier het geval is geweest wordt op niet verwerpelijken grond met het stuk in de hand beweerd. Er is dus meer dan een bloot beweren dat eene overeenkomst zou zijn aangegaan. De getuigen zullen hier ook niet het aangaan der overeenkomst maar het feit dat het geschrift onderteekend is bewijzen. Wordt alzoo zeker niet de letter van art. 1933 geschonden, men bewere ook niet met OUDEMAN dat daardoor slechts in schijn de strijd zou worden opgeheven, dewijl »van het bewijs, dat het stuk door den verweerder geschreven of onderteekend is het aanwezen der acte

overeenkomst afhangt, en dus hierdoor werkelijk datgene wordt bewezen, hetgeen art. 1933 B. W. verbiedt" t. a. p. bl. 242 nt 2.

Het ware is hoogstens dit, dat nu door getuigen middellijk bewezen wordt datgene waarvan de wet verbiedt dat onmiddellijk door getuigen bewijs wordt geleverd. Men vergete niet dat, als de handteekening terecht ontkend wordt, er valschelijk eene handteekening op het stuk moet zijn geplaatst en dat het getuigenbewijs hier dus niet strekt om het aangaan van eene overeenkomst te bewijzen maar aan te toonen dat van eene schriftelijke overeenkomst niet alleen de schijn maar de werkelijkheid aanwezig is, dat de op het schrift gestelde handteekening niet valsch maar echt is. Opmerkelijk is, hoe reeds BORNIER, Conférences I, op art. 7 van tit. XII der Ord. het bezwaar beantwoordde toen hij op de woorden: par témoins, het volgende aanteekende: »Ceci ne déroge pas à l'ordonnance qui exclut la preuve par témoins en fait excédant la valeur et somme de cent livres: d'autant que la preuve par témoins semble n'être qu'accessoire à ce qui est déjà prouvé par l'écriture: ce qui est cause qu'on ne présume pas que les témoins puissent être corrompus, ni subornés, parce qu'il y a une cause préexistante et une espèce de preuve". Men kan, dit wil hij met andere woorden zeggen, de getuigen hier vertrouwen omdat het feit waaromtrent zij verklaren niet geheel uit de lucht gegrepen kan zijn, maar veeleer in hunne verklaringen eene bevestiging vindt. Zie ook CARRÉ en CHAUVEAU Q. 804. Men ziet, hoe taai onze rechtskwesties zijn; ieder geslacht brengt ze op zijne beurt weer te berde, alsof er aan opgekookte kool behoefte ware en niet iedere leeftijd zijn eigen kwesties opleverde in meer dan voldoende mate!

Het tweede lid van art. 191 bevat eene bijzondere bepaling van formeelen aard omtrent het getuigenbewijs. De betwiste stukken worden hun vertoond wat wel noodzakelijk is omdat hun getuigenis daaromtrent wordt afgelegd. En opdat blijke dat dit geschied is en dat hun getuigenis deze stukken betreft, worden zij door hen gewaarmerkt, d. w. z. dat zij, door hun naamletter daarop te plaatsen, bevestigen dat zij hun vertoond zijn en dat zij weten omtrent deze stukken getuigenis te hebben afgelegd. — In art. 235 C. de pr. werd niet alleen de bevoegdheid van de getuigen erkend om zelven stukken over te leggen tot staving

van hun getuigenis, als reden gevende van hunne wetenschap (art. 1944 B. W.), maar werd vooral bepaald wat met die stukken behoorde te geschieden om de identiteit daarvan te constateeren. Onze wetgever heeft het voldoende geacht om in art. 195 te bepalen, dat de door getuigen overgelegde stukken hun krachtens de uitspraak over de echtheid of valschheid moeten worden teruggegeven om daaruit de bevoegdheid der getuigen tot overlegging te laten afleiden. Het overige scheen hem niet noodig te bepalen. Van den Honert op § 195, Noordziek t. a. p.

Het vonnis, waarbij het bewijs der echtheid of der valschheid wordt bevolen, moet den last bevatten dat het betwiste stuk, door den voorzitter en den griffier gewaarmerkt en behoorlijk omschreven bij het daarvan op te maken proces-verbaal, ter griffie worde overgebracht, ten einde aldaar bewaard te worden. Die behoorlijke omschrijving moet alle kenmerken bevatten waardoor het stuk zich van andere onderscheidt. Zie een formulier van het hierbedoelde proces-verbaal bij Oudeman I, n°. 72. Zoo wordt gezorgd dat het stuk, hetwelk onderzocht zal worden, hetzelfde is als het betwiste en het wordt buiten de macht en den invloed van de partijen gebracht. Dat dit bevel in het vonnis moet voorkomen, onverschillig welk bewijsmiddel bevolen is, bescheiden, getuigen of deskundigen, is duidelijk al kon het in art. 182 duidelijker gezegd zijn. »La pièce denoncée, attaquée, livrée à toutes les rigueurs d'une procédure spéciale, appartient désormais à la justice" zegt Boncenne IV, p. 80. Hoe juist het zij te zeggen dat »le procès est fait à la pièce" in den zin als hierboven werd aangegeven, zoo overdreven wordt de voorstelling als men het stuk als een falsaris gaat beschouwen. Maar ook op zich zelf is dat denkbeeld van »appartenir à la justice" verkeerd. Het toezicht over het stuk gaat alleen van partijen, wanneer het een onderhandsch stuk is, of van den openbaren ambtenaar, wanneer het stuk authentiek is, op den griffier over. Het blijft ter beschikking van partijen die recht hebben op afschriften, en in zoover als zij van het geding kunnen afzien, in welk geval de rechter dan de teruggaaf heeft te bevelen. Eerst wanneer het O. M. krachtens art. 193 de hand op de stukken heeft gelegd, zal dit anders worden, maar dan zelfs is het verkeerd om te zeggen dat het stuk aan de justitie zou behooren.

Het is uit ons art. 182 niet volkomen duidelijk, of de rechter altijd deskundigen moet benoemen en alleen de benoeming van een rechtercommissaris facultatief is voor het geval dat hij deskundigen benoemt, of dat ook de opdracht van het onderzoek aan deskundigen facultatief is. Dat dit laatste de bedoeling is, blijkt uit art. 183: »indien er zoodanigen benoemd zijn".

Bij de benoeming van deskundigen valt op te merken de bepaling dat drie deskundigen benoemd worden en daardoor de benoeming van één op verzoek der partijen (art. 222 § 3) hier is uitgesloten.

Voorts is de rechter hier niet gehouden aan de keus van partijen, de rechter zal er hier in kunnen berusten, art. 182 § 3. Het is dus van belang, indien partijen de mannen hunner keuze willen benoemd zien, dat zij daaromtrent ter terechtzitting overeenkomen. Want ofschoon eene latere aanwijzing door partijen niet uitdrukkelijk is uitgesloten, is hier toch geen aanleiding voor den rechter om te bevelen dat partijen alsnog binnen drie dagen na de beteekening die benoeming zullen kunnen doen (art. 223 § 2). Immers eene door partijen gedane benoeming gaat hier niet van zelf boven die des rechters en er zou nog weder een vonnis noodig zijn, waarbij de rechter verklaarde in de keuze van partijen te berusten. Dit wordt niet vooronderstelt en berusten in de keus door een ander gedaan slaat eer op het geval dat men zelf geen keus deed. Er behoeft hier te minder ruimte voor die bevoegdheid van partijen te worden gelaten, vermits uit den aard der zaak hier minder overeenstemming van partijen te wachten is. De wetgever onderstelt dit zelf in art. 182, als hij zegt: »Voor zoover echter partijen mochten kunnen overeenstemmen", waarmede te vergelijken de bepaling van art. 223. Verg. v. d. Honert op § 182 a. h. e.

De dag voor het onderzoek bestemd wordt bij het vonnis, waarbij het onderzoek bevolen wordt, bepaald. Dit is niet de dag waarop de deskundigen hun onderzoek aanvangen, maar de dag waarop met het onderzoek een aanvang wordt gemaakt door het verrichten van datgene wat tot het onderzoek door de deskundigen noodig is en waardoor hun de tot hun onderzoek noodige bouwstoffen worden verschaft. De deskundigen zelve worden later en op een daartoe nader te bepalen dag opgeroepen.

§ 118. VERVOLG. HET ONDERZOEK.

Op den bij het vonnis bepaalden dag moeten de partijen voor de rechtbank of voor den rechter-commissaris verschijnen ten einde overeen te komen omtrent de stukken van vergelijking. Art. 183 § 1. **Het onderzoek. Voorbereiding.**

De niet-verschijning van beide of van eene der partijen kan nog weder aanleiding daartoe geven, dat het onderzoek vervalt. Art. 183 § 2, 3, 4.

Kunnen partijen het over de stukken van vergelijking niet eens worden, dan is de rechter voor wien van die niet-overeenstemming blijkt, bij zijne aanwijzing van die stukken gebonden aan: **Stukken ter vergelijking.**

1°. authentieke akten;

2°. onderhandsche geschriften door partijen erkend;

3°. dat gedeelte van het betwiste stuk omtrent welks echtheid geen twijfel bestaat;

4°. hetgeen de partij op mondelinge voorzegging van den president of van den rechter-commissaris in diens tegenwoordigheid geschreven heeft. Art. 184.

Wanneer de stukken, welke ter vergelijking moeten dienen niet ter beschikking zijn van de partijen, doordien zij zich bevinden in handen van openbare of andere bewaarders, beveelt de rechter of rechter-commissaris dat de bewaarder de stukken op den door hem vastgestelden dag en uur zal overbrengen ter plaatse voor het onderzoek aangewezen. Dit bevel is tegen den openbaren ambtenaar uitvoerbaar bij lijfsdwang. Andere bewaarders worden op grond van dit bevel in rechte gedagvaard ten einde tot de overbrenging van het stuk des noods bij lijfsdwang te worden veroordeeld. Art. 185. **Quid, zoo de stukken bij derden?**

Bestaat er tegen de overbrenging der stukken bezwaar, hetzij om den aard dier stukken, hetzij om de verwijderde woonplaats van den houder, dan bepaalt de rechtbank, naar gelang de een of de andere maatregel haar, op verslag van den rechter-commissaris zoo die benoemd was, en na verhoor van het Openbaar Ministerie, doelmatiger voorkomt, òf dat het onderzoek zal plaats hebben bij den rechter van des bewaarders woonplaats of van de naast daarbij gelegen plaats, òf dat de stukken binnen een be-

paalden termijn ter griffie zullen worden ingezonden op door de rechtbank voorgeschreven wijze. Art. 186.

Ter voorziening in de ongelegenheid, waarin een openbaar ambtenaar door het gemis van het aldus overgelegde stuk zou kunnen geraken, maakt deze vooraf een afschrift van het stuk, hetwelk door den Voorzitter der rechtbank van zijn arrondissement met het oorspronkelijke vergeleken en als daarmede overeenstemmende geteekend wordt.

Het afschrift wordt door den bewaarder bij zijne oorspronkelijke stukken of minuten gelegd en hij is bevoegd daarvan grossen en uitgiften af te geven daarbij melding makende van het procesverbaal dat de Voorzitter van zijne verrichting opmaakte. Art. 187.

In verband met den termijn, binnen welken de ter vergelijking noodige stukken ter griffie moeten worden ingezonden, indien dit door den rechter werd bevolen, bepaalt de rechtbank of de rechtercommissaris bij bevelschrift, plaats, dag en uur waar en waarop het onderzoek zal plaats hebben.

Oproeping van deskundigen tot het onderzoek.

De meest gereede partij doet dientengevolge de deskundigen oproepen om te verschijnen ten einde den eed af te leggen en met het onderzoek een aanvang te maken en daaromtrent bericht uit te brengen. Voorts worden de bewaarders opgeroepen ten einde over te leggen de stukken van vergelijking. Van die verschijning der deskundigen en der bewaarders, van de eedsaflegging en de overlegging der stukken wordt proces-verbaal opgemaakt. Art. 188 § 1.

De rechtbank of de rechter-commissaris beveelt dat de houders der stukken òf de stukken blijven bewaren ten einde ze bij iedere zitting, welke het onderzoek vereischt, weder te vertoonen, òf dat zij de stukken ter griffie zullen neerleggen, in welk geval de griffier er de bewaarder van wordt, maar de ambtenaar, die houder van het stuk was, daarvan een afschrift kan opmaken en door den Voorzitter der rechtbank doen vergelijken, zooals bij art. 187 werd bepaald. Art. 189.

De tegenpartij moet bij een exploit, beteekend aan de gekozene woonplaats, opgeroepen worden. Art. 188 § 2.

Wanneer de eedsaflegging der deskundigen niet door eene wraking wordt verhinderd, ten aanzien waarvan de artikelen 225, 226 en 227 toepasselijk zijn, en indien de benoemde deskundigen

bereid bevonden worden de hun opgedragen taak te aanvaarden (in het tegenovergestelde geval is art. 229 van toepassing) worden hun, nadat zij den eed hebben afgelegd, de stukken medegedeeld en brengen zij, na die onderzocht te hebben, schriftelijk een met redenen omkleed bericht uit. Art. 190.

De bij artikel 183 bevolen verschijning van partijen ten einde overeen te komen over de stukken van vergelijking kan, volgens diezelfde bepaling, aanleiding geven, dat het onderzoek vervalt. Immers blijven partijen beide weg, dan staat het aan den rechter om òf een tweede verschijning te bevelen òf »den aanleg in het stuk van valschheid dadelijk vervallen te verklaren". Deze niet fraaie stadhuisterm beteekent dat de vordering of het verzoek tot onderzoek naar de valschheid vervallen wordt verklaard, maar terwijl de wetgever ook in dit artikel beide gevallen gelijkelijk behandelt, moet die »valschheid" wel in uitgebreiden zin opgevat worden, zoodat het even goed op eene betwisting van de echtheid toepasselijk is. Dan had de wetgever zijne gedachte korter en beter dus kunnen uitdrukken: »het onderzoek vervallen verklaren". Want er kan hier toch geen sprake zijn van een vervallen van de instantie in den zin van art. 279 vv., daar eene tegenstelling van eene actie en van den aanleg hier niet te pas komt. Het is ook geheel in overeenstemming met den geest, die blijkbaar den wetgever met opzicht tot deze procedure bezielde (op de hatelijkheid dezer procedure wordt bij de verdediging van dit artikel nog weder beroep gedaan. V. D. HONERT ad § 183, NOORDZIEK t. a. p. bl. 549, op art. 45) dat, waar slechts kan aangenomen worden dat partijen niet volharden in hare beweringen, het onderzoek als overbodig wordt afgesneden. Dus: de rechter behoeft de vervallenverklaring niet uit te spreken, hij kan naar de omstandigheden handelen en, de mogelijke redenen van wegblijven in aanmerking nemende, eene tweede verschijning bevelen. In het een of het ander geval zullen de partijen maar moeten zorgen te vernemen wat de rechter heeft bevolen en daartoe hebben zij procureurs opdat dan de meest gereede partij tot die tweede verschijning kan oproepen of tot voortprocedeeren op de hoofdzaak. En als aan het bevel des rechters niet wordt voldaan en beide partijen wederom wegblijven, dan zal de zaak wel moeten worden geroyeerd van de rol.

Verschijnt é é n e der partijen niet, dan wordt altijd een tweede verschijning op een bepaald aangewezen dag bevolen. Dit bevel moet door de verschijnende partij ter kennis van de niet verschenen gebracht worden, vermits de rechter eene nadere o p r o e p i n g beveelt. Wanneer op die tweede verschijndag de partij, die het van valschheid betichte stuk of het stuk waarvan de echtheid ontkend wordt, in het proces bracht, niet verschijnt, wordt zij geacht zich van het stuk niet te willen bedienen; het wordt althans buiten het geding gehouden. Verschijnt de wederpartij niet, zij die het stuk van valschheid betichtte of de echtheid ontkende, dan verklaart de rechter dat het stuk als echt of als erkend in het proces zal worden toegelaten. Als toch de wetgever in art. 183 § 3 zegt: »het stuk wordt gehouden voor erkend" dan k a n dit ook op het van valschheid betichte nu als echt toe te laten stuk worden toegepast en de woorden moeten in die ruimere beteekenis worden opgevat, omdat de wet in al deze artikelen het tweeërlei onderzoek gelijkelijk regelt. Waarom hier niet met een eenvoudigen terugslag op het voorafgaande lid en in overeenstemming met art. 181 gezegd: »wordt het stuk in het geding toegelaten"?

Men heeft gevraagd of deze door den rechter gegeven uitspraken bij niet-verschijning van de tegenpartij door het middel van verzet bestreden kunnen worden? eene vraag die door DE PINTO II, 332 en OUDEMAN bl. 233 bevestigend wordt beantwoord, op grond dat art. 199 C. de pr. verzet toeliet, het eerste ontwerp van art. 183 het uitdrukkelijk uitsloot en de Regeering ten slotte op de daartegen gemaakte bedenking die uitsluitende bepaling liet vervallen. Zoo zou dan de algemeene regel omtrent veroordeeling bij verstek hier moeten gelden. Maar is hier van een veroordeelend vonnis sprake, en wordt hier dan v e r s t e k v e r l e e n d? Waartoe die tweede oproeping en waarom, als men den gewonen regel wilde volgen, niet op de eerste niet-verschijning de vermelde uitspraak voorgeschreven? Het komt mij voor dat onze beide commentatoren zich vergissen en dat PENNINCK juister oordeelde, op art. 183, hoewel hij het m. i. afdoende argument voorbijzag. De Code sprak van het vonnis o p d e h o o f d z a a k en wilde dit onmiddellijk op de uitspraak omtrent de toelating of verwerping van het stuk gewezen hebben, behoudens verzet. En daarop doelde ook de in het eerste ontwerp voorkomende

bepaling: »In beide gevallen zal het vonnis onmiddellijk gewezen worden of bijaldien er een rechter-commissaris benoemd is, op deszelfs rapport ter naaste terechtzitting. Het vonnis (d. i. het vonnis aldus op de hoofdzaak gewezen) zal niet onderhevig zijn aan verzet noch appèl". Nu heeft de Regeering aanvankelijk ook alleen deze laatste zinsnede laten vervallen maar bij de herziening in 1837 schrapte zij ook de daaraan voorafgaande. Daardoor vervalt het voorschrift van onmiddellijk op de hoofdzaak vonnis te wijzen en is er alzoo geen vonnis waartegen een verzet te pas komt. Uit de wijze, waarop de Regeering de uitsluiting van het verzet verdedigde, blijkt duidelijk dat zij meende geen verzet tegen het toelaten of verwerpen van het stuk toe te laten. Zij scheen daarbij de portée van het voorgestelde artikel zelf niet begrepen of iets anders bedoeld te hebben. Eerst later zag zij dit in; althans in 1837 heeft zij het artikel, door de geheele bepaling weg te laten, met hare vroeger kenbaar gemaakte bedoeling in overeenstemming gebracht.

Wanneer dan nu het stuk toegelaten of verworpen is, volgens art. 183 § 2 of 3, zal de meest gereede partij de andere oproepen om op de hoofdzaak voort te procedeeren, evenals in het geval dat, beide partijen niet verschenen zijnde, het onderzoek vervallen werd verklaard.

Is het altijd de rechtbank of, indien een rechter-commissaris met het onderzoek werd belast, is het de rechter-commissaris, die de herhaalde oproepingen beveelt en bij niet-verschijning het lot van het betwiste stuk bepaalt?

De woorden van art. 183 zijn met beide opvattingen wel in overeenstemming te brengen. Wel wordt in art. 183 § 2, 3 en 4 alleen van »de rechter" gesproken en deze wordt in § 1 met de beteekenis van »rechtbank" tegenover of naast den »rechter-commissaris" geplaatst, maar terwijl § 1 met opzicht tot de verschijning het onderscheid had te maken, zou er geen bezwaar bestaan om de volgende §§, die bepalen, wat er nu voor en door den rechter geschiedt, zoowel van den rechter-commissaris als van de rechtbank te verstaan. De uitdrukking »rechter" is de benaming die voor beide past. Ook is de taak den rechter bij § 2 en 3 opgedragen, hoe belangrijk de invloed van zijne verklaring op het geding zijn mag, voor een rechter-commissaris waarlijk

niet te gewichtig. Hij constateert een onbetwistbaar feit: de niet-verschijning en verbindt daaraan 't gevolg, dat de wet er aan verbindt zonder dat zijn eigen oordeel daaromtrent iets vermag. Anders is het evenwel in het geval dat beide partijen wegblijven. Dan is het de vraag, of eene nieuwe verschijning zal worden bevolen, dan wel het onderzoek al dadelijk vervallen zal worden verklaard. Zou de wetgever ook deze beslissing aan den rechter-commissaris toevertrouwen zonder het uitdrukkelijk te zeggen? Ziedaar de reden van twijfel, of niet veeleer de tegenstelling van § 1 in het geheele artikel moet worden toegepast en dus onder »rechter" uitsluitend »de rechtbank" verstaan moet worden. Het is nauwlijks twijfelachtig of in art. 162 W. 1830 met »rechter" de »rechtbank" werd bedoeld, want met de verklaringen omtrent het stuk moest de rechter tevens beslissing geven op de hoofdzaak en, wanneer er een rechter-commissaris was benoemd, geschiedde dit op diens verslag. Zoo kwam daar de tegenstelling tusschen rechter en rechter-commissaris duidelijk uit. Dat voorschrift is nu wel vervallen, maar de uitdrukking »rechter" is behouden. Ik acht daarom dat de beteekenis dezelfde is gebleven. Maar dan moet noodzakelijk in al de drie in art. 183, § 2, 3 en 4 voorziene gevallen de rechter-commissaris, zoo die er is, aan de rechtbank verslag doen, opdat de uitspraak door deze geschiedde. In meer dan een artikel is de tegenstelling van rechter als rechtbank tegenover rechter-commissaris opzettelijk gemaakt. Art. 185, 188, 189. Verg. OUDEMAN bl. 233, DE PINTO bl. 331. Toch staat het daarom niet vast dat de »rechter" overal uitsluitend de »rechtbank" beteekent. Altijd blijft op 't verband te letten om de beteekenis in ieder geval te bepalen.

Zoo zoude ik al dadelijk van oordeel zijn dat de »rechter" waarvan in art. 184, aanhef, gesproken wordt ook den »rechter-commissaris" bedoelt. Mij dunkt, daar partijen, volgens art. 183, voor den rechter of voor den rechter-commissaris moeten verschijnen, ten einde overeen te komen over de stukken en art. 184 daarop laat volgen dat, wanneer zij niet overeenkomen, de rechter de stukken aanwijst, dan moet dat wel zijn de rechter, die dat niet-overeenkomen constateert, voor wien dat plaats heeft. De taak van den rechter is hier door de wet nauwkeurig genoeg omschreven. Dat in n°. 4 van »rechter of rechtercommissaris" gesproken wordt verklaart zich uit art. 206 C. de pr., waar alleen

van den rechter-commissaris sprake is wat dan ook in een eerste ontwerp was gevolgd. Hier werd dus rechter bijgevoegd die onder commissaris niet zou begrepen zijn. VAN DEN HONERT ad art. 184, NOORDZIEK t. a. p. bl. 594 art. 46. Als in den Code nu zelfs door den rechter-commissaris het doen maken van een »corps d'écritures" werd opgedragen, bij ongenoegzaamheid van de stukken ter vergelijking, is 't niet zoo vreemd, dat de wetgever hem de aanwijzing van de stukken eveneens opdroeg. Doch de vraag, die onze wetgever gemakkelijk had kunnen beslissen, hield reeds de fransche schrijvers verdeeld. Zie ze aangehaald bij OUDEMAN bl. 235 n[t] 1, die zelf de rechtbank uitsluitend bevoegd acht. Behalve de door hem geciteerde auteurs zie nog BOITARD I, n°. 435, GARSONNET § 305 n[t] 1. De beslissing omtrent het gevolg van de weigering om te schrijven, art. 184 § ult. is aan den rechter-commissaris niet opgedragen en behoort van nature bij de rechtbank. Verg. CARRÉ Q. 848.

Wat de hier vermelde stukken zelve betreft, merk ik op dat authentieke akten zekerheid kunnen geven omtrent de daarop voorkomende en in tegenwoordigheid alzoo van den openbaren ambtenaar gestelde handteekeningen. Maar men moet dan ook geen reden hebben om te vermoeden dat de handteekening, ofschoon onder eene authentieke akte geplaatst, waarin de ambtenaar verklaart dat de akte in tegenwoordigheid van partijen opgemaakt en door deze in zijne tegenwoordigheid geteekend is, toch buiten tegenwoordigheid van den ambtenaar is geplaatst, zooals bij akten van geboorte en overlijden maar al te veel regel is. De akten van den burg. stand zijn bovendien om meer dan eene reden minder geschikt om als stukken van vergelijking gebruikt te worden. Zie BONCENNE III, p. 510.

Dat alleen onderhandsche akten door partijen erkend hier mochten toegelaten worden betoogde de Regeering zeer juist. De Code wilde niet anders, waar hij vorderde (art. 200 n°. 2) »les écritures et signatures privées, reconnues par celui à qui est attribuée la pièce à vérifier". Maar de Code voegde er bij: »mais non celles déniées ou non reconnues par lui, encore qu'elles eussent été précédemment vérifiées et reconnues être de lui". Dit geldt ook bij ons, want die verificatie en erkenning mag wel bij vonnis geconstateerd zijn, maar dit vonnis heeft alleen kracht

voor het naar aanleiding daarvan besliste geding en tusschen hen die in dat geding partijen waren. Tegen den wil van hem, van wien het stuk toen erkend werd afkomstig te zijn, kan het in een ander proces niet als erkend aangenomen worden. Zie BOITARD I, n°. 433, 2°; GARSONNET II, § 315. Ik ben het evenwel met BOITARD niet eens wanneer hij, n°. 434, van oordeel is dat om dezelfde reden als stuk van vergelijking niet mag dienen eene authentieke akte met betrekking tot eene handteekening, welke in een ander proces van valschheid beticht door den rechter met verwerping van de betichting van valschheid echt werd verklaard. Immers door die akte toe te laten wordt niet de kracht van het bedoelde vonnis buiten zijne grenzen uitgebreid, maar eenvoudig aangenomen dat de authentieke akte hare kracht als authentieke akte heeft behouden. Voor de echtheid van daarop geplaatste handteekeningen wordt geene erkenning van dengene wiens handteekening daarop staat vereischt, de vroegere betwisting heeft aan de kracht van die akte niets veranderd en het vonnis heeft eenvoudig verklaard dat de akte ook op het punt van die handteekening was, wat zij ook zonder de betwisting en het daarop gevallen vonnis zou wezen.

Het in de 4de plaats genoemde schrift wordt niet meer, zooals volgens art. 206 C. de pr., eerst toegelaten in geval van ongenoegzaamheid van de andere stukken. Al wordt het in de laatste plaats genoemd, de wetgever stelt het met de andere op ééne lijn. Toch is de geringe betrouwbaarheid van dit middel licht te bevroeden. Terwijl oude zonder eenig bijoogmerk geschreven stukken het schrift in zijne ongedwongen eigenaardigheid kunnen doen kennen, wordt hier geschreven met het oog op de gevolgen. Is eene verandering van schrift niet mogelijk? Kan 't er zelfs niet op toegelegd zijn dat een onbeholpen schrijver intusschen zich liet onderrichten of africhten om naar de regelen der kunst te schrijven? Van dergelijk opzet levert de rechtspleging een voorbeeld, doch toen de aldus afgerichte voor den rechter schreef, kwam de oude hand weer te voorschijn. De praktizijn die dit onderstond, meende, toen hij den toeleg zag mislukken, dat de duivel er achter zat. Van een ander standpunt oordeelende zou men zeggen, dat het de Gerechtigheid was.

De openbare ambtenaren, die als zoodanig akten onder hunne

bewaring hebben, zijn de griffiers en de notarissen. Aan de laatsten, die hier wel in de eerste plaats zullen bedoeld zijn, is het bij art. 41 Wet v. h. Not. uitdrukkelijk verboden, eenige minuut hoegenaamd uit handen te geven, anders dan in de gevallen bij de wet voorzien, zooals voor de registratie, overeenkomstig de bepaling der wet van 22 frimaire, en krachtens een vonnis of bevelschrift van den rechter, met inachtneming van de bepalingen bij het Wetb. v. Burg. Rechtsv. voorgeschreven. Wij hebben hier klaarblijkelijk met een van die bepalingen te doen. Art. 185 geeft ook aan den rechter-commissaris de bevoegdheid om bij bevelschrift aan den notaris te gelasten de overbrenging der minute. En ofschoon de wet in art. 589 B. R. bepaalt dat lijfsdwang nimmer mag worden ten uitvoer gelegd dan uit krachte van een vonnis, waarbij hij is uitgesproken en art. 585 onder de gevallen waarin lijfsdwang is toegelaten, n°. 6, vermeldt de vertooning van minuten door openbare ambtenaren, is het m. i. duidelijk dat de uitvoerbaarheid bij lijfsdwang aan het bevelschrift van den rechter-commissaris mede is verbonden. Dat hier geen vonnis noodig is blijkt ook nog nader uit de tegenstelling, waarin bepaald wordt dat bijzondere personen tot uitlevering van akten langs den gewonen weg van rechte daartoe genoodzaakt zullen worden, behoudens ook het middel van lijfsdwang. In dit laatste geval, tegen de bijzondere bewaarders, moet alzoo eerst een vonnis langs den gewonen weg verkregen worden, dat tegenover openbare ambtenaren niet vereischt wordt. Al zijn de fransche uitleggers nagenoeg eenstemmig van een tegenovergesteld gevoelen ten aanzien van het met ons art. 185 eensluidend art. 201 C. de pr. (Carré en Chauveau Q. 830; zie echter ook Q. 827) en al volgen onze uitleggers hun gevoelen eenstemmig, ik kan dit met art. 185 niet overeenbrengen. De kracht van art. 589 ligt niet in de uitspraak bij vonnis, bij een middel tot tenuitvoerlegging van de vonnissen moest dit noodzakelijk worden verondersteld, maar in de uitdrukkelijke uitspraak, zoodat de toelating van het middel in de wet niet voldoende is om het in toepassing te brengen, wanneer de rechter het niet uitdrukkelijk toepasselijk verklaarde. En wat men moge zeggen van de macht van een rechter-commissaris, de macht om een bevelschrift te geven wordt hem zeer dikwijls toegekend; de macht om dit bij lijfsdwang uitvoerbaar te verklaren moge minder gewoon zijn, maar in ieder geval is

zijne macht afhankelijk van de bepalingen der wet en niets belet den wetgever om door bijzondere bepalingen op de algemeene voorschriften inbreuk te maken. Zie ook art. 215 j° 117.

Dat nu tegenover bijzondere bewaarders een bevelschrift niet voldoende is, maar dat tegen hen de gewone weg van rechte moet worden gevolgd, zal wellicht hiervan het gevolg zijn, dat het er bij den openbaren ambtenaar alleen op aankomt hem van eene hem bij de wet opgelegde verplichting te ontheffen; de bijzondere bewaarders hebben zich jegens bijzondere personen tot de bewaring verbonden. Of op hen lijfsdwang zal toegepast worden is in ieder bijzonder geval door den rechter naar omstandigheden te beoordeelen; art. 185: »indien daartoe termen zijn". Verg. art. 280 W. v. Strafv. In 't Ontwerp is het onderscheid weggevallen. Op beide, zoowel bijzondere als openbare bewaarders, is de lijfsdwang imperatief toepasselijk gemaakt. »Het onderscheid scheen niet voldoende gerechtvaardigd". Toel. op art. 91 bl. 159.

Het hooren van het O. M. waarvan art. 186 spreekt, had geen bijzondere vermelding noodig. Art. 324 n°. 11 gebiedt het O. M. te hooren in geschillen over echtheid of onechtheid van geschriften.

Wat den in dit artikel genoemden plaatselijken rechter betreft, het komt mij voor dat DE PINTO, bl. 336, onnoodig bezwaar maakt tegen den kantonrechter. Art. 100 sluit die opdracht in geen geval uit, want hem wordt hier geen beoordeeling van het geschil over echtheid of onechtheid opgedragen. Zie OUDEMAN bl. 236. Of de bepaling zelve in het geheel verdient toegepast te worden is hoogst twijfelachtig. Het Ontwerp verwierp voor dit geval de bevoegdheid om van rogatoire commissie gebruik te maken. Toel. op art. 92, bl. 159.

Wordt het onderzoek aan den plaatselijken rechter opgedragen dan geschiedt dit volgens art. 25 R. O. bij letteren requisitoriaal en dan zal aan dit vonnis wederom door de partij, die het onderzoek heeft verlangd, uitvoering gegeven moeten worden door, onder overlegging daarvan, den plaatselijken rechter te verzoeken aan de tot hem gerichte letteren requisitoriaal te voldoen.

Het bevel van inzending ter griffie maakt weder de tusschenkomst van den Voorzitter der arrondissements-rechtbank, waar-

onder de ambtenaar-bewaarder ressorteert, noodzakelijk. Meer dan eene afwijking van de algemeene regelen omtrent de bewaring en de kracht der akten heeft daardoor plaats. Vooreerst ontheffing van den notaris van de straks vermelde verplichting hem bij art. 41 Not. opgelegd; 2°. een afschrift komt in de plaats van de minuut en heeft, zij het tijdelijk, gelijke kracht als deze. Dat afschrift zal bewijs kunnen opleveren, ofschoon het oorspronkelijk stuk bestaat en de grosse, die daarvan wordt uitgegeven zal eene eerste grosse zijn, al is zij naar het afschrift gemaakt. Er moet dan ook bijzondere zorg voor de nauwkeurigheid van dit plaatsvervangend afschrift gedragen worden.

Het maken van het afschrift en de vergelijking daarvan door den Voorzitter, van welke handeling door dezen een proces-verbaal wordt opgemaakt, veroorzaakt kosten, waarmede de bewaarder van de akte zelfs niet voorloopig mag bezwaard blijven. De wetgever bepaalt alzoo dat zij hem door den eischer van verificatie zullen worden goedgedaan. Dat moet bij betichting van valschheid wel degene zijn die het stuk van valschheid beticht; bij ontkenning van echtheid hij die de echtheid beweert. Deze is het die het stuk in het geding bracht en daaraan niets heeft wanneer het niet erkend is want zonder dat heeft het geen bewijskracht. Ten onrechte meende de Regeering (bij v. d. Honert § 187) dat eischer zou zijn die de echtheid ontkent omdat hij de eerste aanleiding zou geven tot de verificatie. Maar eischer is niet degeen die tot een geding aanleiding geeft, dat is veeleer de gedaagde die door niet aan den eisch te voldoen den eischer aanleiding geeft zijne actie in te stellen; zoo geeft hier hij die ontkent of niet erkent de tegenpartij wel aanleiding om te vorderen tot het bewijs der echtheid te worden toegelaten, maar deze wordt daardoor dan ook noodzakelijk de verzoeker of eischer van verificatie. Het gevoelen der Regeering is hier niet anders dan een gevoelen over de uitlegging van eene uitdrukking uit de fransche wet overgenomen. En de Regeering vergist zich in de beteekenis die zij gaf aan »demandeur en vérification" in art. 203 C. de pr., waarop zij zich beriep. Wat Oudeman bl. 237 n[t] 2 aanvoert doet mij juist het tegenovergestelde van het door hem verdedigd gevoelen aannemen.

Hoe krijgt de bewaarder die kosten vergoed? Zij worden door den Voorzitter bij het proces-verbaal begroot en vastgesteld en

daarnaar wordt een bevel in executorialen vorm uitgevaardigd krachtens hetwelk de partij tot betaling kan gedwongen worden.

Wanneer men nagaat, op welke wijze de wetgever zorgt dat de over te leggen stukken niet aan het verkeer worden onttrokken, dan blijkt uit de artt. 185—189: De openbare ambtenaar komt het stuk vertoonen op iedere zitting waarin dit noodig is of stelt het ter griffie in bewaring. In dit laatste geval neemt hij er een door den Voorzitter vergeleken afschrift van en mag dit ook buiten zijn arrondissement opmaken, a. 189. — De ambtenaar zendt de minute naar de aangewezen griffie, na er vooraf afschrift van te hebben genomen, hetwelk eveneens door den Voorzitter vergeleken wordt, art. 187. In beide gevallen neemt het afschrift bij hem de plaats in der minute. — De ambtenaar kan zijne minute ook ter griffie achterlaten zonder er afschrift van te nemen; dit is evenwel min raadzaam en kan tot ongelegenheid aanleiding geven, daar de griffier als tijdelijk bewaarder tot het afgeven van uitgiften niet bevoegd is, wijl hem die bevoegdheid niet, als bij art. 245 C. de pr. is toegekend. De analogie waartoe art. 245 aanleiding gaf (CARRÉ—CHAUVEAU Q. 844), vervalt bij ons.

De wetgever regelt hier alleen de door openbare ambtenaren op te leveren stukken van vergelijking. In art. 276 Strafv. voorziet de wetgever in het geval dat een stuk dat beweerd wordt valsch of vervalscht te zijn door den openbaren ambtenaar moet opgeleverd worden. Waar de betichting van valschheid in het burgerl. geding plaats heeft, moet het betichte stuk reeds in het geding gebracht zijn. Anders geen betichting van valschheid.

Voor het onderzoek, door de rechtbank of door den rechter-commissaris te leiden, zijn dus noodig: het betwiste stuk dat ter griffie is gedeponeerd; de ter vergelijking dienende stukken die ter griffie zijn ingezonden of door de bewaarders zullen worden vertoond, waartoe deze moeten worden opgeroepen, en de deskundigen die de echtheid of valschheid van het betwiste stuk zullen onderzoeken ten einde den rechter daaromtrent door hun bericht voor te lichten. Zijn er geen deskundigen benoemd, dan worden alleen de bewaarders opgeroepen en, zijn de stukken ter griffie, dan wordt tegen den bepaalden dag alleen de partij opgeroepen. Deze laatste oproeping geschiedt niet als die van de deskundigen en bewaarders bij exploit, art. 188 aanhef, maar bij »akte be-

teekend ter gekozen woonplaats". De akte schijnt alzoo een procureurs-akte te zijn maar niet »tot procureur" vermits niet deze uitdrukking wordt gebezigd maar van »de gekozen woonplaats" wordt gesproken. Zij zal toch gewoonlijk wel ter woonplaats van den procureur beteekend worden (art. 133 § 2, 135). Maar zou zij dan voor de partij zelve bestemd zijn? Ik geloof het niet en gis dat verzuimd is de in het Wetb. v. 1830 geheel passende redactie van deze bepaling, zonder dat daarmede de persoon van de partij zelve bedoeld werd, met het later aangenomen stelsel der procureurs-akten in overeenstemming te brengen. W. 1830 art. 167 § 2.

Die oproeping tot eedsaflegging is hier in het bijzonder bepaald, gelijk zij in het algemeen voor de deskundigen wordt voorgeschreven in art. 224. Ofschoon de wetgever, in art. 190, art. 226 niet toepasselijk verklaart, zal het toch ook hier, in verband met 225 waarvan het een uitvloeisel is, toepasselijk moeten zijn. De toepassing van art. 227 zal een uitstel van het onderzoek ten gevolge hebben, zoodat het proces-verbaal van de eedsaflegging, dat tevens inhoudt de overlegging van de stukken door de bewaarders, art. 188 § 1, nu dezen naderen dag voor eedsaflegging door nieuwe deskundigen en den aanvang van het onderzoek zal bepalen. Want aanvankelijk was voor den aanvang van het onderzoek de dag zelf waarop de eed wordt afgelegd aangewezen. Daardoor vervalt de toepasselijkheid van art. 228 dat in art. 190 ook niet aangehaald wordt.

De bepaling van art. 229 wordt wel toepasselijk verklaard, maar moet hier toch met het oog op art. 182 § 2 gewijzigd toegepast worden. Ook hier zal de benoeming door partijen, niet dan ten gevolge van berusting daarin door den rechter, geldig zijn.

Zouden nu de verdere artt. omtrent het bericht van deskundigen, als art. 230—233, hier niet van toepassing zijn omdat zij niet worden aangehaald? Ik kan het niet gelooven. Er zoude in vele opzichten eene wezenlijke gaping in de regeling van het onderwerp ontstaan. Heeft de wetgever reden kunnen hebben om te meenen dat soms aan de toepasselijkheid van de door hem opzettelijk aangehaalde artt. zou kunnen getwijfeld worden? Met opzicht tot art. 235, 236 ware dit althans niet onmogelijk. Doch waartoe de partij opgeroepen om bij het onderzoek tegenwoordig te zijn als aan partijen de bevoegdheid niet toekomt bij art. 230 haar toegekend? En welke zou de reden zijn om die bevoegdheid

juist hier uit te sluiten? En als men nu vraagt, hoe het bericht moet worden uitgebracht, in de onderstelling waarvan art. 231 uitgaat, terwijl a. 190 niets meer zegt dan »schriftelijk met redenen bekleed"? Hoe moet blijken dat het bericht van de deskundigen afkomstig is? Waar moet dat schriftelijk bericht heen? Op alle die vragen, waarop men in art. 190 te vergeefs het antwoord zocht, zal men toch in de eerste plaats in de wet een antwoord zoeken en als de wet dit dan geeft bij eene algemeene regeling van eene instelling, welke hier op een bijzonder onderwerp wordt toegepast, dan moet het immers ook wel voor dit bijzonder geval gegeven zijn. Zouden de deskundigen in dit geval niet gehouden zijn aan hunne verplichting, die zij door aanneming der benoeming hebben op zich genomen, te voldoen noch daartoe als andere deskundigen gedwongen kunnen worden? Indien daaraan niet te twijfelen valt, dan moeten ook de artt. 232 en 233 hier hunne toepassing vinden. Kortom: had de wetgever geen enkele bepaling uitdrukkelijk toepasselijk verklaard, zij zouden, voor zoover zij voor toepassing in dit geval vatbaar zijn en hunne toepassing noodzakelijk mocht worden, van zelf toegepast worden. Mag hier eene vooronderstelde doch door den wetgever niet uitgesproken gedachte op grond van het »inclusio unius est exclusio alterius" tot zijn wil worden gemaakt, wanneer daaruit tevens noodzakelijk volgt dat hij eene geheel onvoldoende regeling zou gewild hebben? Dat de aanhaling der in art. 190 vermelde artikelen op niet bijzonder zorgvuldige wijze is geschied, toont de aanteekening door v. d. Honert aan de beraadslagingen ontleend. Dat hierdoor een weinig verkwikkelijk verschil van gevoelen kan ontstaan over de vraag welke artikelen wèl, welke niet toepasselijk zijn, kan men zien bij de commentatoren. Oudeman (bl. 239, § 93) acht ook de niet aangehaalde toepasselijk behalve art. 226. Wellicht zou hij hierover anders hebben gedacht als hij had nagegaan, hoe dit art., bij de herziening van 1837, in de plaats is gekomen van een gedeelte van het voorgaande en alzoo eerst toen is geschoven tusschen de reeds aangehaalde artt. welke daardoor 225 en 227 werden. De Pinto hecht meer aan het »inclusio unius, exclusio alterius" II, bl. 335 vv. Het Ontwerp zorgde dat het slordig saamgestelde art. 190 door eene algemeene verwijzing naar de regeling van het »onderzoek van deskundigen" werd vervangen. Art. 95 en de toel. op bl. 160.

§ 119. VERVOLG. GEDING NA HET ONDERZOEK.

Wanneer het onderzoek is afgeloopen en de deskundigen hun bericht ter griffie hebben neergelegd, of ook nadat een getuigenverhoor heeft plaats gehad of de bescheiden, waardoor bewijs zou geleverd worden, zijn overgelegd, doet de meest gereede partij de andere partij, bij eenvoudige akte van procureur tot procureur, met beteekening van het bericht, oproepen ter terechtzitting, ten einde het geding over de echtheid of valschheid voort te zetten. Art. 192.

Voortzetting van het geding na het onderzoek.

Indien de rechter in het bericht de voldoende inlichting niet vindt kan hij ambtshalve andere deskundigen benoemen, welke aan de vorigen zoodanige ophelderingen mogen vragen als zij oirbaar achten. In geen geval is de rechter verplicht het door de deskundigen geuit gevoelen te volgen. Art. 190 § 3 coll. 235, 236.

Het vonnis, waarbij over de beweerde echtheid of valschheid van een stuk wordt uitspraak gedaan, bepaalt den termijn binnen welken en de wijze waarop de door de partijen, getuigen of bewaarders overgelegde stukken moeten worden teruggegeven. Art. 195.

De rechter kan bij de uitspraak over een beweerde valschheid, het ter zijde leggen, verscheuren of doorhalen in het geheel of ten deele, of ook het verbeteren en in orde brengen der valsch of vervalscht verklaarde stukken bevelen. Van dit gedeelte van het vonnis wordt evenwel de uitvoering geschorst zoolang de termijn van hooger beroep, request-civiel of cassatie loopende is. Art. 194.

Bij den strijd door partijen gevoerd over de waarde van het bericht en de uitspraak, welke daarop over de echtheid of valschheid van het stuk door den rechter behoort te worden gegeven, kunnen partijen tevens de gevolgen daarvan op de beslissing van de hoofdzaak aantoonen en de door haar genomene conclusiën tot toewijzing of afwijzing der vordering aan het eindoordeel des rechters onderwerpen. De hoofdzaak kan dan bij de uitspraak over het betwiste stuk worden afgedaan. Heeft dit geen plaats gehad dan beveelt de rechter bij laatstbedoelde uitspraak de voortzetting van het geding.

Voortzetting van het geding over de echtheid of

valschheid. Deze bestaat in het nemen van conclusiën ter terechtzitting naar aanleiding van de bescheiden, het gehouden getuigenverhoor, of het bericht van deskundigen en ontwikkeling daarvan bij pleidooi of in pleidooi alleen; daarop wordt het O. M. gehoord en spreekt de rechter het vonnis uit. Hij zal ambtshalve een nieuw onderzoek door andere deskundigen kunnen bevelen, indien hij niet voldoende werd ingelicht om reeds uitspraak te doen. Anders zal hij, de betichting van valschheid verwerpende, de echtheid van het stuk aannemende en de betwisting daarvan ongegrond verklarende, het stuk in het geding toelaten. Behalve bevel tot teruggave van de overgelegde stukken, zal de rechter bijzondere maatregelen voorschrijven omtrent het stuk dat hij valsch of vervalscht verklaart.

Ten aanzien van de onderscheiden maatregelen, welke volgens art. 194 ten opzichte van het valsche of vervalschte stuk kunnen worden voorgeschreven, verdient opmerking dat genoemd art. uit art. 241 C. de pr. is ontleend, dat weder zijn oorsprong verschuldigd is aan art. 59 Ord. 1737 tit. I. Terwijl omtrent de beteekenis der door den wetgever gebezigde uitdrukkingen onder de fransche schrijvers niet in allen opzichte eenstemmigheid bestaat, kan uit den met art. 194 overeenstemmenden tekst van art. 173 W. 1830, hetwelk in den franschen tekst art. 241 terug geeft, althans blijken hoe onze wetgever die uitdrukkingen heeft verstaan.

Zoo verstaat bijv. Carré onder »suppression" hetzelfde als »lacération". Boitard ziet in »suppression" eene algeheele vernietiging door verbranden. Dit kan evenwel ook door »verscheuren" bereikt worden. Boncenne daarentegen verstaat onder »suppression" het uitspreken van de volkomen onwaarde en ongeldigheid van het stuk, waartoe de rechter zou overgaan als het niet mogelijk is het stuk materieel te vernietigen, bijv., wanneer exemplaren of afschriften van het stuk in onderscheiden handen zijn; of ook indien materieele vernietiging niet mag plaats hebben, zooals met de akten van den burgerl. stand naar art. 70 j° 73 B. W. het geval is. »Supprimer un écrit" zegt Boncenne dan, »c'est le condamner au néant et lui défendre d'en sortir". Ons »ter zijde leggen" is wel wat kalmer uitdrukking maar kan alleen van eene nietig en van onwaarde-verklaring niet van eene materieele vernietiging verstaan worden.

»Verscheuren" beantwoordt dan aan »lacération", materieele

vernietiging van het stuk papier waarop de akte werd geschreven; »doorhalen" aan »royer", het geschrevene als niet geschreven behandelen en dit aanduiden door er een streep door te halen. »Verbeteren" is het fransche »réformer" wat te pas kan komen, als eene vervalsching heeft plaats gehad door in de plaats te stellen of bij te voegen en alzoo het in de plaats gestelde door hetgeen er gestaan heeft vervangen wordt of het bijgevoegde wordt doorgehaald. Dat »verbeteren", kan ook, bij intellectueele valschheid, plaats hebben door hetgeen geschreven werd te vervangen door hetgeen geschreven had moeten worden, terwijl »in orde brengen", »rétablir" meer bepaald kan beteekenen herstellen van hetgeen valschelijk was uitgewischt. De beide laatste uitdrukkingen vallen gedeeltelijk samen en kunnen gezegd worden elkander aan te vullen. Er behoeft niet uit afgeleid te worden, dat de rechter de bevoegdheid zou hebben »ambtshalve nieuwe stukken in het leven te roepen", zooals men leest in de toel. van art. 99 van het Ontwerp (bl. 160). »In de uitvoering van het daartoe strekkend bevel", wordt er terecht bijgevoegd, »zou men allicht op onoverkomelijke moeilijkheden kunnen stuiten". Is dan verduidelijking en meer bepaaldheid in de uitdrukkingen van ons artikel gewenscht, het komt mij voor dat het Ontwerp niet genoeg zegt door alleen van »vernietigen" en »geheel of ten deele doorhalen" te spreken.

Hoe dit alles zij, de wetgever bepaalt niet dat de rechter een van deze uitspraken moet geven. Het wordt aan zijn oordeel overgelaten, indien hij daardoor de kracht van zijn uitspraak beter meent te verzekeren.

De wetgever zorgt alleen dat zoodanige uitspraak niet vóórdat zij zelve onherroepelijk is, onherstelbaar nadeel veroorzake.

Opmerking verdient daarbij alleen dat »verzet" niet genoemd wordt (zou verstek wel ondersteld kunnen worden?) en dat de vermelding van request civiel eene afwijking bevat van art. 392, die in 't geval van art. 385 § 2 nogal tot ongelegenheid aanleiding zou kunnen geven. Zie echter CARRÉ Q. 944. In het Ontwerp wordt eenvoudiger en beter bepaald dat de uitvoering van dit gedeelte van het vonnis geschorst blijft tot dat het in kracht van gewijsde is gegaan. Overbodig is daarbij het voorschrift niet, dat die uitvoering wordt opgedragen aan den griffier, die daarvan een proces-verbaal opmaakt, ten verzoeke van de meest gereede

partij. Zie de toel. bl. 160. Ook komt mij zeer doelmatig voor de bepaling van art. 100 van het Ontwerp: »In geval van hooger beroep of voorziening in cassatie wordt het, ingevolge art. 85 [lees 88] ter griffie overgebrachte stuk (zie tegenwoordig art. 182) door den griffier verzonden aan den griffier bij het collegie, dat van het hooger beroep of de voorziening in cassatie kennis neemt, en door dezen gewaarmerkt, van welk een en ander hij door het opmaken eener akte doet blijken". Het stuk moet wel gelicht om bij den hoogeren rechter overgebracht te worden. Geschiedt dit door eene der partijen, zoo kan dit wel tot kwade praktijken aanleiding geven. Zie toel. op art. 100, bl. 160, 161.

Schorsing van het geding.

Indien uit het geding vermoedens van eene door nog levende personen gepleegde valschheid of vervalsching mochten ontstaan, beveelt de rechter dat de stukken in handen van het Openbaar Ministerie worden gesteld ten einde een onderzoek door den bevoegden rechter in strafzaken kunne plaats hebben.

Het burgerlijk geding blijft geschorst tot dat de rechter in strafzaken zal hebben beslist. Art. 193.

Eene alles afdoende reden voor de bepaling dat, zoo er grond blijkt te bestaan voor eene strafvervolging, de stukken in handen van het O. M. worden gesteld, is wel deze dat het O. M. in die vervolging tot straf niet afhankelijk moet zijn van de willekeur of zelfs van de rechten van bijzondere personen, welke aan het openbaar belang van den Staat ondergeschikt zijn. Het O. M. moet derhalve de hand kunnen leggen op de stukken, ofschoon deze aan bijzondere personen toebehooren in zoover en zoolang als het die voor de vervolging der straf noodig heeft, en de willekeur der bijzondere personen, welke die met onderling goedvinden zouden kunnen terugnemen, ja zelfs verdonkeren, moet de mogelijke toepassing der strafwet in het belang van de openbare orde niet kunnen verhinderen. Dat schorsing van het burgerlijk geding daarvan het gevolg is, nu de noodige elementen voor de voorzetting daarvan gaan ontbreken, is zeer natuurlijk.

Nu kan men die schorsing ook wel in verband brengen met den regel: »le criminel tient le civil en état", die in art. 4 Wetb. v. Strafvord. gehuldigd wordt, doch daargelaten de vraag, of die regel werkelijk als eene algemeene bij ons beschouwd mag worden, zoo is

er reden genoeg om te zeggen, dat in dit geval de strafvervolging schorsing van het burgerlijk proces moet ten gevolge hebben èn om de handhaving van de publieke orde, èn omdat het beter is dat, waar het voorkomen kan worden, niet eerst de burgerlijke rechter uitspraak doe, die, in 't algemeen met formeele waarheid tevreden en niet als de strafrechter naar materieele waarheid zoekende, voor den strafrechter op min gewenschte wijze een vooroordeel zou scheppen. Maar in overeenstemming ook met de bepaling van art. 1955 B. W. is het, dat de uitspraak des strafrechters, invloed oefene op het oordeel des burgerlijken rechters *). Dat evenwel art. 193 zijn grond zou vinden in art. 1955, waarop OUDEMAN § 95 schijnt te doelen, wordt reeds daardoor weerlegd, dat art. 193 aan 239 en 240 C. d. p. is ontleend, terwijl de fransche wetgeving eene bepaling als art. 1955 niet kende, en dit artikel juist zijn ontstaan te danken heeft aan den strijd over de kracht aan een strafvonnis in het burgerlijk geding toe te kennen, tusschen de fransche rechtsgeleerden gevoerd. Zie Dl. II bl. 293.

De rechter beveelt. Als de rechtbank zelve het onderzoek in de hand heeft gehouden, zal zij in hetgeen zij daarbij ontdekte, grond vinden om de stukken in handen van het O. M. te doen stellen, belastte zij een harer leden met het onderzoek, dan

*) Dat het bij de strafvervolging wegens verduistering van staat anders is en daar het O. M. met de vervolging wachten moet totdat in het burgerlijk geding een begin van bewijs bij geschrifte aanwezig is en op grond daarvan een getuigenverhoor werd toegelaten, strekt tot handhaving van de eischen aan het bewijs van de wettige afstamming in art. 320 B. W. gesteld. Ik volg in den strijd over den zin van art. 323 het gevoelen door Mr. JACOBI, Acad. proefschr. Over het misdrijf van verduistering van staat, Amsterd. 1859, verdedigd hetwelk m. i. door Mr. A. A. DE PINTO in Themis VIII (1861) bl. 320, daarbij zich beroepende op Prof. DES AMORIE VAN DER HOEVEN, niet werd weerlegd. Zie nog, behalve de arresten van 14 April 1840 W. No. 91 en 24 Maart 1847 W. No. 822, arr. H.-Raad 28 Mei 1888 W. No. 5564. Iets anders is het wanneer een uitspraak van den burgerlijken rechter noodig is om een of ander element van een misdrijf te doen ontstaan zooals de faillietverklaring voor de vervolging wegens bankbreuk. Waarom evenwel de strafwetgever begrepen heeft de kracht van een strafvonnis wegens overspel, vóór de uitspraak van echtscheiding op dien grond, door den burgerlijken rechter, onmogelijk te moeten maken (art. 241 Swb.) is mij niet duidelijk. Wellicht heeft de strijd over het al of niet opnemen van overspel onder de strafbare feiten daarop invloed gehad. Was de bepaling van art. 265 § 1 B. W. aan eene strafvervolging wegens overspel bevorderlijk, deze zal nu veeleer achterwege blijven. Heeft zij niettemin plaats dan bestaat er reden daarin eene wraakoefening te zien. Of dit het doel is, waartoe een delict tot een klachtdelict wordt gemaakt, valt te betwijfelen. Verg. Dl. II bl. 295.

zal zij op een verslag van dezen, haar in raadkamer gedaan, het bevel geven. Maar art. 193 onderstelt niet uitsluitend dat de rechter het initiatief nam tot het bevel. Het O. M., dat mededeeling zal mogen vorderen voor alle zaken, waarin het dit in zijne betrekking noodig oordeelt en dat in de gedingen van valschheid ambtshalve gemoeid is, omdat het daarover moet worden gehoord (art. 324), zal bovendien in art. 23 Strafv. grond genoeg vinden om eene vervolging in te stellen en om daartoe in staat te zijn, requireeren een bevel des rechters overeenkomstig, art. 193 te geven. Dat evenwel een bevel des rechters, hetzij ambtshalve hetzij op requisitoir van het O. M., vereischt wordt om de stukken welke partijen aan den rechter ter beslissing van hun geschil als 't ware toevertrouwden, tot een ander doel te laten gebruiken, verdient m. i. goedkeuring. Het fransche art. 239 C. de pr. gaf aan den president der rechtbank tot krachtiger optreden de bevoegdheid, doch daarin had weder art. 462 C. d'Instr. een wijziging gebracht. Allard wil in zijn ontwerp Burg. Rechtsv. door den president de stukken in handen van 't O. M. gesteld hebben en geeft hem de bevoegdheid het bevel van gevangenneming uit te vaardigen, art. 99 tit. VI van Boek I.

Het bevel wordt gegeven: indien uit het geding vermoedens van valschheid of vervalsching tegen nog levende personen ontstaan. Opzettelijk wordt hier van vermoedens gesproken in plaats van aanwijzingen, zooals de tekst van art. 172 W. 1830 luidde, naar aanleiding van indices in art. 239 C. de p. en in den franschen tekst van art. 172. De wetgever vreesde dat de burgerlijke rechter zou kunnen meenen een bewijs door aanwijzingen, art. 428 4°. j°. 422 vv. (oud) W. v. Strafv., te moeten constateeren, doch vergat daarbij dat vermoedens ook een bewijsmiddel zijn, art. 1903 j°. 1952 B. W. Hij had allen twijfel kunnen vermijden door van verdenking van valschheid of vervalsching door nog levende personen te spreken, want het is hier niet anders en niets meer dan een van misdrijf verdacht persoon, die voor het instellen van eene vervolging noodig is.

De C. d. p. vorderde bovendien dat de strafvervolging niet was verjaard. Verjaring is niet minder dan de dood een wijze van tenietgaan der vervolging, zie thans artt. 69, 70—73 Swb., en art. 419 Strafv. bepaalt nog wel uitdrukkelijk dat de ambtenaren

van het O. M. en de rechters ambtshalve acht geven op de verjaring. Welke de reden is der weglating van de bepaling van den fr. code blijkt niet uit de toelichting. Zij zal wel in verband staan met art. 458 (oud) Strafv. hetwelk bepaalde dat de tijd van verjaring van het misdrijf van valschheid niet vroeger begint te loopen dan van het oogenblik dat van de valsche of vervalschte stukken is gebruik gemaakt, (verg. art. 71 n⁰. 1 Swb.) en dit geschiedt juist in dit burgerlijk geding. Maar gesteld er kon ook hier van verjaring quaestie zijn, zou dan, al is art. 419 in de eerste plaats voor den strafrechter geschreven, ook de burgerlijke rechter daarin niet een afdoenden grond hebben om ambtshalve de stukken niet te stellen in handen van het O. M. en het in een daartoe strekkend requisitoir niet ontvankelijk te verklaren? Het geldt hier toch het instellen van eene strafvervolging en de mogelijkheid van deze blijft ondergeschikt aan de bepalingen waarvan zij in het algemeen afhankelijk is gesteld. Zou de wetgever, in art. 193, eene strafvervolging gelasten in een daar niet genoemd geval, terwijl hij elders voor dat geval de strafvervolging verbiedt? Indien evenwel niettemin de stukken in handen van het O. M. gesteld zijn en dit bevindt dat de strafvervolging verjaard is, dan zal het op dit punt eene beslissing van den strafrechter moeten uitlokken, omdat er eene zoodanige beslissing gevorderd wordt, vóórdat het burgerlijk geding kan worden voortgezet, art. 193 § 2. Ook deze bepaling is een wet tot welker handhaving het O. M. geroepen is (art. 4 R. O.) Eenigszins anders oordeelen DE PINTO II bl. 337 en met hem OUDEMAN I bl. 243 v. Wanneer dan de strafrechter wegens valschheid of vervalsching veroordeelt, dan zal, volgens art. 1955, zijne onherroepelijke veroordeeling als een bewijs van het feit waarvoor veroordeeld werd, worden aangenomen in het burgerlijk geding; sprak hij vrij, dan kan daarom toch valschheid in het stuk worden aangetroffen. Want ook hier hebben wij niet alleen de valschheid die den inhoud der akte onwaar maakt, van de strafbare valschheid te onderscheiden, zie boven bl. 247, maar de valschheid kan zijn gepleegd ofschoon de deswege vervolgde bleek de dader niet te zijn. Art. 1956 B. W. huldigt hetzelfde beginsel.

§ 120. ONDERZOEK NAAR DE ECHTHEID VOORWERP VAN HOOFDVORDERING.

Niet toegelaten.

Het onderzoek naar de echtheid of valschheid van een geschrift kan niet dan het voorwerp van eene incidenteele vordering zijn.

Erkenning van een onderhandsch stuk of betichting van valschheid van eene hetzij onderhandsche hetzij authentieke akte kan niet het voorwerp eener zelfstandige, buiten een reeds aanhangig geding ingestelde, vordering uitmaken.

De behandeling van het onderzoek naar de echtheid van geschriften als een incident in een geding is zeker voldoende gerechtvaardigd door de omstandigheid, dat het ook door den wetgever onder de tot het bewijs betrekking hebbende incidenten behandeld wordt. Niettemin verdient de vraag, of dat onderzoek het voorwerp eener principale vordering zijn kan, nader besproken te worden. Eenstemmigheid bestaat over hare beantwoording, althans in Frankrijk, niet. De wijze waarop ik de vraag stelde, hierboven bl. 247, en de beantwoording van eene analoge vraag, welke ons in § 104 bezighield, konden reeds hare hier in den tekst geformuleerde ontkennende beantwoording doen vooruitzien.

Die ontkennende beantwoording heeft evenwel in hare gevolgen nog al bezwaren. Tot bewijs van mijn recht en om dit eventueel te kunnen doen gelden, heb ik gezorgd dat het behoorlijk in een onderhandsche akte werd geconstateerd. De persoon die zich jegens mij verbond geeft zelf geen de minste reden tot wantrouwen, doch tegen hem zal ik waarschijnlijk mijn recht niet kunnen doen gelden ten gevolge van de omstandigheden, waarvan de uitoefening van mijn recht afhankelijk is gesteld. Zullen dan zijn erfgenamen, die van huns erflaters zaken niets weten, bereid worden gevonden om aan de hen niet weinig bezwarende verplichting te voldoen? En als zij dan de handteekening eenvoudig verklaren niet te erkennen, moet ik dan het bewijs van mijn recht, en praktisch zijn bestaan zelf, afhankelijk zien gesteld van het allicht hoogst bezwarend bewijs dat op mij zal rusten van de echtheid der handteekening? — Als ik weet dat men tegen mij zal kunnen ageeren uit eene akte van welker valschheid ik overtuigd ben, maar dat men dit kan uitstellen en daardoor het bewijs der valsch-

heid steeds bezwarender voor mij kan maken, zal ik dan met dat zwaard van Damocles boven mijn hoofd moeten zitten afwachten en mij aan een onrecht blootstellen, dat ik door onmiddellijk aanvallenderwijze tot betichting van valschheid op te treden zou kunnen afweren? Zijn dan de rechtsmiddelen gegeven om het goed recht onbeschermd te laten en aan het onrecht de zegepraal te verschaffen? Al ware het mogelijk dat ik mij in dit laatste geval langs een omweg recht verschafte door eene strafrechtelijke vervolging wegens valschheid uit te lokken, zal het O. M. daartoe altijd in staat of bereid zijn en valt dit middel niet geheel weg, als de bedrijver van de valschheid overleden of de vervolging van het misdrijf verjaard is?

Het kan toch geen bezwaar opleveren dat de rechter, als ik eenvoudig tot erkenning procedeer, op die vordering het stuk echt verklaart of bij betichting van valschheid eenvoudig een vonnis wijzende, waarbij hij de valschheid of vervalsching van het stuk uitspreekt, eene sententia declaratoria geven zou? Dat bezwaar bestaat althans bij mij niet. Zie Dl. II bl. 190. Ook gaan de argumenten, die ik in § 104 tegen de toelating van een onderzoek van deskundigen buiten geding, behalve in de in de wet aangewezen gevallen, aanvoerde, hier niet allen op. Want wij zouden hier toch in dat weigeren van erkenning of het tegenspreken der beweerde valschheid de stof voor een twistgeding hebben. Maar, de opzettelijke regeling van het voorloopig getuigenverhoor en de uitsluitende regeling van het onderzoek der echtheid of valschheid als incident blijven hier haar volle kracht behouden. En dat de wetgever zoo uitsluitend dat onderzoek als voorwerp van een incident behandelde ligt niet alleen in de plaats aan het onderwerp in het wetboek gegeven en het verband waarin het behandeld wordt; dit zou op zich zelf de analogische toepassing nog niet uitsluiten; maar de regeling zelve is zoo duidelijk uitsluitend voor een aanhangig geding geschreven, dat mij eene ruimere opvatting onmogelijk schijnt. »Er zal", zegt art. 176, »een gerechtelijk onderzoek plaats kunnen hebben naar de echtheid of onechtheid van geschriften, waarvan partijen zich willen bedienen; 3°. wanneer eene der partijen beweert dat een stuk valsch of vervalscht is". Hoe zal hij die, buiten eenig geding, een stuk waaruit een ander een recht tegen hem zou kunnen ontleenen van valschheid ging betichten, kunnen beweren en tot

grondslag van zijne vordering leggen de bewering, dat de aldus opgeroepen tegenpartij zich van dat stuk wil bedienen? Komt het nu hierbij heel duidelijk uit dat er een geding aanhangig moet zijn, zou men verder ook de woorden der wet geen geweld aandoen, zou men het »waarvan partijen zich willen bedienen" en het »wanneer de partij" in nº. 1 en 2 of »wanneer ééne der partijen" in nº. 3, niet wegredeneeren, indien men ging beweren, wat op zich zelf niet tegengesproken kan worden, dat ook buiten een aanhangig geding iemand beweren kan dat een ander een onderhandsch geschrift heeft geschreven of onderteekend, en zou het niet een zeer gedwongen opvatting zijn, indien men beweerde dat nº. 2 buiten geding kan worden toegepast, omdat men ook buiten geding tegen iemand gebruik kan maken van een onderhandsch geschrift? Is dan de partij, tegen wien men gebruik maakt, de persoon die men door het gebruik maken of alleen door het voorbrengen van het stuk eerst tot partij maakt? Of brengt niet het redebeleid noodzakelijk mede dat het gebruik maken van een stuk geschiedt in een geding en dat daarvan gebruik gemaakt wordt tegen hem die onze tegenpartij in dat geding is? Staan bovendien de bepalingen van artt. 176 en vv. niet in onmiddellijk verband met de bepalingen van het bewijs in het Burg. Wetboek? is dit niet geregeld met het oog op het bewijs te leveren in een geding, art. 1902 jº 1914? en zal men nu dat bewijs nog op andere wijze kunnen leveren, de bepalingen daaromtrent nog op andere wijze in toepassing kunnen brengen, dan waarop de wetgever dit bepaalt, wanneer hij zich met eene opzettelijke regeling heeft bezig gehouden? Maar, wat te zeggen tegenover de bezwaren welke de gevolgen van deze mijne uitlegging kunnen doen ontstaan en waarop ik begon met te wijzen? Dat het òf mogelijk is dat de wetgever daaraan niet heeft gedacht òf, niet onwaarschijnlijk, ze niet heeft willen in aanmerking nemen om den tegenzin welke hij blijkbaar tegen de geschillen over de echtheid of onechtheid heeft gehad. Reden genoeg om in de uitlegging, welke alleen met de woorden der wet in overeenstemming is te brengen, te berusten.

Men kan wel tegenwerpen dat onder de heerschappij van den Code de pr. de erkenning van een onderhandsch stuk wel degelijk kon gevraagd worden bij hoofdvordering en dat de nuttigheid daarvan de fransche processualisten niet ontging (zie o. a. BOITARD

I op art. 193), maar art. 193 stelde, naar zijne duidelijke bewoordingen die hoofdvordering op den voorgrond, terwijl onze wetgever de »vérification d'écritures" met het »faux incident" onder één dak brengende in dit opzicht de eerste in het karakter van het laatste heeft doen deelen. Zie ook RODIÈRE, Cours I p. 405 (3me ed.) Met opzicht tot het »faux incident" denken vele fransche schrijvers anders. CARRÉ verdedigt Q. 863 de meening, dat de betichting van valschheid in het burgerlijk rechtsgeding alleen incidenteel kan plaats hebben. Doch bij de behandeling van Q. 864 komt CARRÉ op deze meening terug. Hij is daar althans van oordeel dat, wanneer de belanghebbende het faux principal niet kan of niet wil gebruiken, hij voor den burgerlijken rechter bij hoofdvordering de betichting van valschheid kan instellen; want, zegt hij, »nulle disposition de la loi n'interdit de poursuivre civilement le faux comme action principale" en, in strijd met de schrijvers en jurisprudentie door CHAUVEAU op Q. 863 aangehaald, welke het daar verdedigd gevoelen volgen, hebben de jongste schrijvers het laatste gevoelen van CARRÉ omhelsd. Het voornaamste argument van CARRÉ, dat hetwelk ik zoo even aanhaalde, beteekent, dunkt mij, niet veel. Is het aan te nemen, dat de wetgever bij de strenge regeling van het faux incident civil nog stilzwijgend eene andere wijze van procedeeren zou hebben vrijgelaten? Ten onrechte doet ook BONNIER II n°. 609, (ed. LARNAUDE p. 523) het voorkomen alsof de meening, welke het faux principal in het burgerlijk proces uitsluit, vooral een gevolg zou zijn van de benaming: »faux incident civil" aan het middel gegeven. Ook is zeker een ander argument van dienzelfden schrijver niet krachtiger, wanneer hij beweert dat art. 214 niet beperkend kan zijn omdat er gevallen kunnen bestaan dat een hoofdactie tot betichting van valschheid moet worden toegelaten, nl. als niet ten crimineele geageerd kan worden. Als toch de wetgever, bij de regeling van de burgerlijke rechtspleging, waar hij naar het faux principal ten crimineele niet anders omziet dan voor zoover het tot eene schorsing van het burgerlijk geding aanleiding kan geven (art. 239), daar van eene betichting van valschheid alleen weten wil, als de vordering tegen eene in een burgerlijk geding gebrachte akte kan worden gericht, kan dit dan iets anders dan eene incidenteele vordering zijn? »L'inscription de faux est généralement incidente" zegt GARSONNET § 324 I, p. 479 et le Code

de procédure ne suppose pas qu'elle puisse être principale, parce qu'on ne s'engage pas volontiers dans une procédure difficile, avant d'être sûr que l'acte argué de faux sera produit en justice; mais si l'on juge à propos de prendre l'offensive, on peut le faire aussi bien par la voie civile que par la voie criminelle, en vertu du principe posé au § 118: à savoir qu'on a le droit d'agir en justice pour y administrer une preuve qu'on possède et dont on craint le dépérissement. On n'a pas même le choix et la voie civile est seule ouverte quand l'auteur présumé du faux est décédé, que l'action publique est prescrite, ou que le ministère public se refuse à l'exercer. Le faux civil principal est donc une procédure aussi regulière que la demande principale en reconnaissance ou en vérification d'écriture".

Zelden heb ik zulk een aaneenrijging van wat men petitiones principii noemt ontmoet. Wat de wetgever niet onderstelt dat zijn kan en daarom niet regelt, dat blijft toch van partijen afhankelijk! Quod probandum, in eene materie als de betichting van valschheid! Het bewijs zou volgen uit een algemeen beginsel, dat evenwel zeker niet kan worden gerechtvaardigd door de redeneering in § 118 gevolgd en waartegen ik mijne bezwaren opperde hierboven bl. 104. Dan wordt het wat men mag doen zelfs een moeten, als men ageeren wil, ofschoon afwachten tot de akte in een burgerlijk geding zal worden voortgebracht toch nergens is uitgesloten, om dan te besluiten dat de betichting van valschheid als hoofdvordering bij den burgerlijken rechter even regelmatig is als die tot erkenning van een onderhandsch stuk! En dat terwijl deze laatste op eene uitdrukkelijke wetsbepaling (art. 193 C. de p.) berust en voor het faux incident civil juist dergelijke bepaling ontbreekt! Het door GARSONNET verdedigde gevoelen was te eer van hem te verwachten, omdat hij ook, gelijk wij zagen, tegen andere eventueele bewijsvoeringen geen bezwaar heeft. Dit is ook het geval met BONNIER, die ook op grond van de toelating van »enquêtes d'examen futur" en »expertises in futurum", zijn gevoelen omtrent het »faux civil principal" als onbetwistbaar beschouwt. t. a p. Dat echter op de toelaatbaarheid van beide daar genoemde eventueele bewijsvoeringen wel wat aan te merken is en ook in Frankrijk aangemerkt wordt, zagen wij boven, bl. 103 v.

Wat het gevoelen, dat ik bestrijd, uiterst verdacht maakt is

de wijze waarop èn CHAUVEAU bij CARRÉ t. a. p. èn BONNIER t. a. p. de toevlucht willen nemen tot een middel door THOMINE uitgedacht om het bezwaar dat tegen een »faux civil principal" zou kunnen bestaan te ontgaan. THOMINE geeft den raad om eerst een proces uit te lokken, ten einde daarop eene incidenteele betichting van valschheid te kunnen enten. »On assignera, dit-il, celui qui pourrait plus tard se servir de la pièce pour la représenter et en reconnaitre la nullité, ou pour déclarer qu'il n'a transmis à personne aucuns actes ni obligations contre le demandeur: ou la déclaration sera faite et dés lors il n'y a plus aucun danger; ou l'acte sera produit et dans ce cas on prendra la voie du faux incident". CHAUVEAU noemt dit eene »ingénieuse pensée de THOMINE". Maar ik vraag: als de gedaagde weigert die verklaring af te leggen, weigert het stuk te vertoonen, op grond dat voor hem noch tot het een noch tot het ander eenige verplichting bestaat? Ook zal die vordering tot erkenning van de nietigheid van de akte toch wel een grond moeten hebben. Kan die een ander zijn dan deze, dat de akte valsch is? Maar hebben we dan niet juist het faux civil principal dat men wilde vermijden? En als het stuk eenvoudig vertoond wordt, is er dan »une pièce signifiée, communiquée ou produite dans le cours de la procédure" in den zin van art. 214? Als CHAUVEAU op het ingenieuse denkbeeld ingaat, omdat de artikelen van den C. de pr. hem »trop formels" toeschijnen om een »faux civil principal" toe te laten, dan deed hij waarlijk beter over wat hem zuiver formalisme dunkt te zijn heen te stappen dan een middel te baat te nemen, als 't ware om den wetgever te foppen en zijn eigen verontrust geweten met drogredenen te paaien. »Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis legis verbis, sententiam eius circumvenit". Ik kom dan tot het besluit dat er door de fransche schrijvers geen deugdelijke argumenten zijn bijgebracht om voor onze wetgeving een ander gevoelen aan te nemen, dan hetwelk ik in deze § op den voorgrond stelde. — Hoe de bepalingen van den C. de pr. in België worden opgevat en toegepast, leeren ons de Pandectes belges niet. Op het woord: F a u x i n c i d e n t, wordt wel het incidenteel karakter van de betichting van valschheid in het burgerlijk geding op den voorgrond gesteld, n°. 76, maar verder de mogelijkheid van een hoofdvordering ondersteld en het verschil van gevoelen geboekt, hetwelk wij bij de fransche schrij-

vers hebben aangetroffen, nos. 78—71. Ook vindt men daar het middel vermeld dat wij als de vrucht van eene »ingenieuse pensée" van THOMINE hebben leeren kennen.

Het verdient opmerking, dat het ontwerp van herziening van den Code de procédure, van 1866, eenvoudig door geene verandering te dezen opzichte in art. 214 te maken, de betichting van valschheid als hoofdvordering meende uit te sluiten. De Commissie schijnt niet te twijfelen aan den duidelijken zin van het artikel omtrent dit punt. »Le projet", zegt zij, Toel. bl. 45, »comme le Code, admet la demande principale en vérification d'écriture; mais fallait- il admettre la demande en inscription de faux portée par action principale et introduction d'instance contre un acte qui n'est point produit, et dont personne ne demande actuellement l'exécution ou la reconnaissance?" En na die vraag ontkennend te hebben beantwoòrd besluit zij met te zeggen dat eene in anderen zin voorgestelde bepaling »a fini pas être écarté du projet". De Commissie van 1886 was van een ander gevoelen. Zij stelde evenwel uitdrukkelijk op den voorgrond: »Le faux principal n'existe pas en matière civile" en nam nu, in het door haar voorgestelde art. 1 van tit. IX, »du faux civil", de uitdrukkelijke bepaling op: »La demande en faux est principale ou incidente".

De duitsche Civilprozessordnung laat vorderingen over echtheid of valschheid toe en regelt ze in § 231. Het feit zelf en de voor de bepaling aangevoerde gronden (zie Begründung des Entw. II op § 218, bl. 231) bevestigen de door mij voor ons recht verdedigde meening. Litteratuur over de vraag bij STRUCKMANN u. KOCH op § 231.

AANM. »Wanneer eene der partijen verklaart een stuk als valsch of vervalscht te beschouwen, het schrift of eene handteekening ontkent of verklaart die niet te erkennen, zal de rechter (de kantonrechter) daarvan akte geven, het stuk waarmerken en de zaak naar den rechter verwijzen die daarvan, naar aanleiding van de vijfde afdeeling van den volgenden titel, kennis moet nemen, en die tegelijk over de hoofdzaak bij een en hetzelfde vonnis uitspraak kan doen, indien de zaak voor zoodanige beslissing vatbaar is". Art. 100 W. v. B. R.

Ten gevolge van deze bepaling valt er over de behandeling van

het incident, waartoe een onderzoek naar de echtheid van geschriften aanleiding geeft, bij den kantonrechter niet te spreken. De bepaling is overgenomen uit art. 14 C. de pr. en maakt eene uitzondering op den regel, dat de rechter van de hoofdzaak ook de rechter is van de incidenten, waartoe de instructie van het geding aanleiding geeft. Die uitzondering wordt hier niet alleen gerechtvaardigd door het bijzonder karakter van het geding en het buitengewoon gewicht daaraan door den wetgever gehecht, maar ook door het hier meer dan in andere gevallen wenschelijk toezicht van het O. M. (verg. art. 193) dat op de terechtzittingen des kantonrechters in burgerlijke zaken niet tegenwoordig is.

Art. 14 C. d. pr. sprak, veel algemeener dan het onze, van: »renverra la cause devant les juges qui doivent en connaître", maar de uitdrukking van ons art. 100 is slechts in schijn meer bepaald. Want, volgde uit art. 14 dat de zaak bij de arrondissements-rechtbank moest terecht komen, niets anders noch iets meer volgt uit art. 100. Deze bepaling zou zelfs den lezer in de war kunnen brengen, daar hij uit de vijfde afdeeling niet anders kan afleiden dan dat de arrondissements-rechtbank, die van de hoofdzaak kennis neemt, dit incident heeft te behandelen. Maar voor de kennisneming van de hoofdzaak moet juist de bevoegde arrondissements-rechtbank gezocht worden! Het zal wel niet anders kunnen zijn dan de rechtbank die tot kennisneming van de hoofdzaak zou zijn geroepen geworden, indien die hoofdzaak niet behoorde tot die vorderingen waarvan de kennisneming in het algemeen aan de kantongerechten ware opgedragen. Wij hebben dus alleen de betrekkelijk bevoegde rechtbank te zoeken en daarbij art. 126 of 301 B. R. toe te passen. De kantonrechter volstaat met in zijn vonnis partijen »naar den bevoegden rechter" te verwijzen. Het onmiddellijk gevolg van deze uitspraak zal zijn, dat de kantonrechter zich voorshands van de behandeling van de hoofdzaak zal hebben te onthouden, terwijl het, naar het slot van art. 100, onzeker is of de hoofdzaak wel bij hem zal terugkeeren. Deze bepaling berust op hetzelfde beginsel dat art. 157 in toepassing brengt.

De Ontwerper heeft de bezwaren, die de fransche wetgever en ook de onze van 1838 vonden in de opdracht van dit incident aan den kantonrechter, niet gedeeld. »Het oordeel over de echtheid of onechtheid van geschriften is uit zijn aard niet aan meer moeilijkheden onderhevig", dus de toelichting op titel III van B. II bl. 169,

dan dat over zeer vele andere gewichtige belangen, die, bepaaldelijk ook door de nieuwe rechterlijke organisatie, aan de kennisneming van den kantonrechter worden onderworpen. Maar al ware het anders, dan nog zoude het belang van partijen, dat hier op den voorgrond moet staan, het wenschelijk maken, den rechter der hoofdzaak de kennisnemig van het incident niet te onttrekken, daar het tegendeel aanleiding geeft tot eene zoo aanmerkelijke vermeerdering van kosten, dat zij in de meeste gevallen gelijk staat met eene rechtsweigering zelfs tegen hem die te kwader trouw zijn schrift of handteekening ontkent". Het is wel wat sterk om, zelfs al ware de kennisneming van deze geschillen den kantonrechter niet al te best toevertrouwd, te beweren dat het belang van partijen toch zou medebrengen hem die op te dragen. Doch ik heb er vrede mede, als maar niet den doorslag gaf wat in de toelichting voorop staat »dat het in strijd is met alle goede begrippen van procedure den rechter der hoofdzaak onbevoegd te verklaren om te oordeelen over het incident, bepaaldelijk over een middel van instructie, dat de beslissing der hoofdzaak moet voorbereiden". Dit moge in abstracto waar zijn, het is in abstracto niet minder waar dat »die goede begrippen van procedure" niet van zelf moeten gelden waar het op de regeling van de procedure bij een bijzonderen rechter aankomt, omdat men ieder onderdeel der hem op te dragen taak te toetsen heeft aan het doel waarmede hij werd ingesteld. De goede begrippen van procedure zijn het resultaat van wat bij uitkomst bleek een goeden afloop van de behandeling van het proces te bevorderen en daaraan blijft hunne deugdelijkheid ondergeschikt; zij moeten daarvoor desnoods hunne schijnbare volstrektheid inboeten.

De belgische wetgever behield de uitsluiting van de vredegerechten om van het faux incident kennis te nemen in art. 38 van de wet van 25 Maart 1876 over de rechterlijke bevoegdheid. Alleen voor deze kon Allard op art. 37 van het »projet", toegeven dat men ze tot een afzonderlijke klasse moest brengen »à cause du caractère pénal de ces actions. Là où il n'y a pas de ministère public, on ne peut suivre cette procédure, qui souvent aboutit à la constatation d'un crime". Of de reden afdoende is, valt te betwijfelen. Zij wordt gedeeld in de Pandectes belges T. 43. Faux incident n°. 106.

LEIDEN, BOEKDRUKKERIJ VAN E. J. BRILL.

HET

NEDERLANDSCHE BURGERLIJK

PROCESRECHT

DOOR

Mr. R. VAN BONEVAL FAURE.
OUD-HOOGLEERAAR TE LEIDEN.

IV, II.

TWEEDE HERZIENE DRUK.

BOEKHANDEL EN DRUKKERIJ
VOORHEEN
E. J. BRILL.
LEIDEN — 1897.

HET
NEDERLANDSCHE BURGERLIJK PROCESRECHT.

HET

NEDERLANDSCHE BURGERLIJK

PROCESRECHT

DOOR

MR. R. VAN BONEVAL FAURE,

OUD-HOOGLEERAAR TE LEIDEN,

IV. - 2.

TWEEDE HERZIENE DRUK.



BOEKHANDEL EN DRUKKERIJ

VOORHEEN

E. J. BRILL.

LEIDEN. — 1897.

BOEKDRUKKERIJ voorheen E. J. BRILL. — LEIDEN.

INHOUD VAN HET VIERDE DEEL.

TWEEDE STUK.

HOOFDSTUK VIII.

BEWIJS EN BEWIJSVOERING.

AFDEELING V.

AFDEELING VI.

Vermoedens.

AFDEELING VII.

Bekentenis.

TITEL I.

De gerechtelijke bekentenis als bewijsmiddel.

TITEL II.

Gerechtelijke bekentenis. Bewijsvoering. Verhoor op vraagpunten.

TITEL III.

AFDEELING VIII.

De gerechtelijke eed.

TITEL I.

De beslissende eed. Bewijsmiddel.

TITEL II.

De beslissende eed. Bewijsvoering.

TITEL III.

De aanvullende en de schattingseed.

AANWIJZING

DER BLADZIJDEN, WAAR DE ARTIKELEN DER VERSCHILLENDE WETTEN EN WETBOEKEN IN HET VIERDE DEEL, TWEEDE STUK, AANGEHAALD WORDEN.

WETBOEK VAN KOOPHANDEL.

WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING.

VERBETERINGEN.

Bl. 23 r. 4 v. b. bij te voegen: Zie overigens, wat betreft de toelating van getuigenbewijs bij bewaargeving uit noodzaak, art. 1741 B. W.

„ 31 r. 7 v. b. *staat:* Strafr. *lees:* Strafv.

„ 53 r. 5 v. b. „ 100 „ 199.

„ 61 r. 24 v. o. „ art. 141 *lees:* art. 141, thans 247.

„ 87 r. 15 v. o. „ 141 „ 247.

„ 268 r. 5 v. o. „ 1962 „ 1692.

HOOFDSTUK VIII.

AFDEELING V.

GETUIGENBEWIJS.

Bij het bewijs door getuigen ligt de regeling van het onderwerp op het tweeërlei gebied: dat van het materieele en dat van het formeele recht, voor de hand. Terwijl de regeling van het schriftelijk bewijs op het gebied van het formeele recht vooral het gevolg is van bijzondere omstandigheden, aangezien voor het voorbrengen van geschriften die tot bewijs zullen dienen, nauwelijks eene bijzondere formaliteit noodig is, zijn deze voor de toepassing van het getuigenbewijs onontbeerlijk. Immers, wil men door middel van getuigen tot de kennis komen van bepaalde feiten, dan moeten de gronden voor het daardoor te leveren bewijs worden geput uit verklaringen van personen welke die feiten gezien, gehoord, bijgewoond of ondervonden hebben. De rechter zal die verklaringen moeten vernemen; hij moet dus die personen hooren en het ligt voor de hand dat die personen op ordelijke en geregelde wijze door partijen voor hem gebracht en door hem verhoord moeten worden. Vormen en formaliteiten zijn, zal het onderzoek aan het doel beantwoorden, hier evenzeer noodzakelijk als voor den procesgang in het algemeen. De behandeling van dit onderwerp valt alzoo als van zelf in twee hoofddeelen: het getuigenbewijs als middel, en de wijze waarop het wordt in toepassing gebracht: het getuigenverhoor. Niet uitsluitend evenwel komt het getuigenverhoor in een geding te pas. Het kan ook het voorwerp van vrijwillige rechtspraak zijn met het oog op een later wellicht te voeren geding of

ten behoeve van een geding waarin nog geen getuigenverhoor op tegenspraak kan plaats hebben. Ik bedoel het zg. voorloopig getuigenverhoor, dat onze wetgever in de elfde afd. van tit. VI B. III regelt. Daarover zal ik in een laatste § van deze afdeeling handelen, na over de getuigen als bewijsmiddel in een eersten en het getuigenverhoor in een tweeden titel te hebben gesproken. Met de behandeling van het voorloopig getuigenverhoor vereenig ik die van enkele andere gevallen waarin een getuigenverhoor buiten geding plaats heeft.

TITEL I.

GETUIGEN ALS BEWIJSMIDDEL.

Burg. Wetb. IV, 3; O. 1820 IV, 9. C. Civ. III, 3 chap. 6 sect. 2, waarmede geheel overeenstemt W. N. v. H. III, 3, hoofdst. 6 afd. 2.

§ 121. ALGEMEEN KARAKTER.

Strekking der wettelijke regeling.

Het bewijs door getuigen is een natuurlijk, voor vele gevallen onmisbaar, maar ook in meer dan een opzicht onbetrouwbaar bewijsmiddel.

Daaruit verklaren zich de bepalingen waardoor 1°. zijne toelating wordt beperkt; 2°. aan ieder, behoudens uitzonderingen, de verplichting wordt opgelegd, om, daartoe geroepen, getuigenis der waarheid af te leggen, en 3°. de bewijskracht van het middel wordt geregeld.

Een natuurlijk en voor de hand liggend bewijsmiddel is het bewijs door getuigen reeds daarom, wijl, voordat aan teboekstelling van voorgevallen feiten gedacht kon worden, de geheugenis daarvan wel niet anders bewaard werd dan door hen die er bij tegenwoordig waren. Onmisbaar zal het middel blijven, zoolang als er feiten te bewijzen zullen zijn, welke onmogelijk door geschrift bewezen kunnen worden wat de aard van het feit kan medebrengen, of welke de toestand van 't maatschappelijk verkeer niet toelaat in schrift te brengen.

De onbetrouwbaarheid van het middel ligt daarin dat de

verklaringen van bijzondere personen omtrent hetgeen zij gezien, gehoord of ondervonden hebben in zich zelve geen bewijs voor de waarheid van het door hen verklaarde opleveren. Men neemt de waarheid van die verklaringen aan, omdat men onderstelt dat de getuige de waarheid kan en wil verklaren. Nu behoeft men juist niet in de eerste plaats te denken aan het ontbreken van dien wil, bij opzettelijk afgelegde valsche verklaringen, door omkooping, haat of nijd, vriendschap of genegenheid uitgelokt, ofschoon dit ook kan voorkomen. „Qui mieux abreuve, mieux preuve" heet het bij LOYSEL Instit. Cout. en reeds JUSTINIANUS wijst in de l. 18 C. de test. IV, 20, waar hij het getuigenbewijs beperkt, op „testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur". Doch men lette op de bezwaren aan eene juiste waarneming verbonden, de indrukken waaronder deze plaats heeft, of die door de gevolgen van het feit later worden opgewekt; den invloed van gesprekken over het gebeurde, die allengs een ander aanzien daaraan geven; de eigen fantazie die het waargenomene aanvult of kleurt en de wijziging, welke de voorstelling die men zich aanvankelijk van de feiten maakte, door opvatting van anderen onderging. Van niet minder gewicht is de aan velen ontbrekende of althans zeer beperkte gaaf om het waargenomene juist weer te geven, zoodat iemand naar de opvatting des rechters iets geheel anders verklaart dan wat hij bedoelt, en eindelijk de invloed welken de ondervraging en de wijze waarop die plaats heeft op de verklaring kan hebben. De suggestie heeft hier bewust en onbewust altijd een belangrijke rol gespeeld. Zoo is het niet te verwonderen dat de wetgever de gevaren, welke dit bewijsmiddel voor de waarheid oplevert, heeft meenen te moeten voorkomen. Hij zocht de middelen daartoe in beperking van de gevallen waarin getuigenbewijs wordt toegelaten en in beperking van de personen die hij als getuigen toeliet, terwijl de noodzakelijkheid van het bewijsmiddel aan ieder de verplichting om daartoe geroepen getuigenis af te leggen moest doen opleggen; eindelijk in voorschriften omtrent de waardeering van de kracht der afgelegde getuigenissen en de bewijskracht in het algemeen daaraan toe te kennen.

Dat de wetgever aan al die voorbehoedmiddelen dacht en daaromtrent in alle gevallen geldende regels voorschrijft, laat zich verklaren, hoe zeer het ook verklaarbaar zou zijn, dat hij genoeg vertrouwen in den rechter stelde om in ieder bijzonder geval aan

het dikwijls weinig betrouwbare van het middel te denken en daarop bij zijne waardeering van de afgelegde getuigenissen te letten. Dit is wel de richting waarin de strooming der denkbeelden tegenwoordig zich beweegt, een uitvloeisel van het streven naar een vrije of althans vrijere bewijstheorie en waarin ook de Minister van Justitie SMIDT onze wetgevende macht uitnoodigde zich op bescheiden doch niet ondoelmatige wijze te bewegen met een voorstel tot uitbreiding van het bewijs door getuigen in burgerlijke zaken, bij Koninklijke boodschap van 20 September 1893 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal overgebracht, doch na hare ontbinding in 1894 door de toen opgetreden Regeering niet opnieuw ingediend. Verg. LAND III, bl. 412 n[t] 4. Uitbreiding van het getuigenbewijs in burgerlijke zaken is het onderwerp van een door A. LEVY te Amsterdam 1894, verdedigd proefschrift, waarover Mr. J. D. VEEGENS in Themis 1896 bl. 485.

§ 122. GEVALLEN WAARIN UITGESLOTEN.

Regel is toelating behoudens uitzondering.

Wel stelt de wet als regel dat het bewijs door getuigen in alle de gevallen is toegelaten, waarin het niet door de wet wordt uitgesloten, maar die regel, wordt al dadelijk door twee veelomvattende uitzonderingen beperkt *).

1°. Wordt het uitgesloten om het bestaan te bewijzen van eene uit overeenkomst voortspruitende verbintenis of eene ontheffing van schuld, wanneer het voorwerp dier verbintenis of het bedrag van de schuld de waarde van driehonderd gulden te boven gaat.

2°. †) Wordt het niet toegelaten, wanneer iets beweerd wordt in strijd met of boven den inhoud van eene akte, noch ook om te bewijzen wat men mocht beweren dat bij gelegenheid van het opmaken eener akte zou zijn gezegd. Hier doet de waarde niet af. Artt. 1932, 1933, 1934 B. W.

Er mogen reeds in het Justiniaansche recht beperkingen in de

---

*) J. H. VAN REENEN. De beperkingen van het getuigenbewijs in burgerlijke zaken. Acad. Proefschr. Leiden 1871.

†) G. C. D. HUYDECOPER. Eenige opmerkingen over art. 1934 Burg. Wetb. Acad. Proefschr. Utrecht 1881.

J. F. ENGELBRECHT. De beteekenis van art. 1934 Burg. Wetb. Acad. Proefschr. Leiden 1887.

toelating van het getuigenbewijs voorkomen, waarvan in l. 1 en 2 C. de testibus, IV, 20, § 12 I. de inut. stip. III, 20, l. 14 C. de contr. et comm. stip. VIII, 38, PAULUS Sent. V, 15, 4, voorbeelden worden aangetroffen, de systematische beperking welke in de artt. 1933 en 1934 voorkomt is aan den C. Civ., art. 1341, ontleend en vindt haren oorsprong in de fr. ordonnantiën, meer bepaaldelijk in die van 1566 bekend onder den naam van édit de Moulins van KAREL IX (DE L'HÔPITAL) welker 54ste art. in de ord. van 1667 tit. XX werd bevestigd. Bij hun eeuwig edict van 1611 hadden de Aartshertogen van Vlaanderen, ALBRECHT en ISABELLA, gelijke bepalingen gemaakt. Van den vroeger in Frankrijk gegolden hebbenden regel: „témoins passent lettres" was daardoor het omgekeerde waar geworden, welk laatste trouwens reeds JUSTINIANUS huldigde in de straks aangehaalde plaatsen en l. 11 C. qui potiores in pignore, VIII, 18. Zie ook l. 10 D. de probb. 22, 3, l. 2 D. de fid. instr. 22, 4, Nov. 119, c. 3. Nu moge zich die belangrijke beperking van het getuigenbewijs door de onzekerheid van de getuigenissen laten verklaren; de „testium facilitas", waarvan JUSTINIANUS in l. 18 C. de test. IV, 20, gewaagt, moge eene nog scherpere uitdrukking hebben gevonden in het fransche rechtspreekwoord: „Fol est qui se met en enquête, car qui mieux abreuve, mieux preuve" (LOYSEL Instit. Cout. hierboven aang.), opmerking verdient dat volgens de motieven van de ord. van 1566 daartoe ook had geleid de vermenigvuldiging en verwikkeling der procedures, welke uit eene onbeperkte toelating van het getuigenbewijs voortvloeiden. Er wordt daar gewezen op: „multiplication de faits que l'on a vu ci-devant être mis en avant sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux dont adviennent plusieurs inconvéniens et involutions de procès". Intusschen wijzen de uitleggers het meest en vooral op het gevaar van omkooping. RODIER ad art. 2 Q. 5. BORNIER ad art. 2 en 3. POTHIER § 791. De verwikkeling der procedures wordt dan ook als een gevolg van die omkooping, door de wrakingen waartoe deze aanleiding gaf, voorgesteld. Opmerking verdient wat BOICEAU daaromtrent zegt, naar aanleiding van de slotwoorden van art. 54 van het edit de Moulins, waarbij uitdrukkelijk bepaald wordt dat niet wordt uitgesloten het bewijs dat aan onderhandsche geschriften ontleend zou kunnen worden. „Par lesquels termes", dus BOICEAU, „le Prince semble expliquer par quelle nécessité il a été obligé d'abroger la preuve par témoins;

savoir, parceque dans ce siècle corrompu, la facilité de suborner les témoins était venue jusqu'à tel point, que le Demandeur et le Défendeur en trouvaient autant pour l'affirmative que pour la négative, dont les dispositions paroissoient également bien prouvées; ainsi que nous avons vu arriver souvent dans les Consultations et dans les Jugemens des affaires, ce qui embarassoit fort les Juges, qui sont tenus de juger suivant ce qui leur est allégué et prouvé, et ce qui les obligeoit d'interloquer sur une infinité de faits de reproches allégués de part et d'autre pour éclaircir leur Religion. C'est donc avec justice que le Prince a voulu que toutes sortes de conventions fussent rédigées par écrit, et que l'on ne s'en rapportât plus à la seule preuve par témoins, que si néanmoins il se trouve quelque chose écrit de la main des Parties, dont on puisse tirer quelque Preuve, il ne veut pas, suivant cette dernière partie de l'ordonnance, que les Juges le rejettent." *)

Onze wetgever heeft, door de toelating als regel voor op te stellen, afgesneden den twist, waartoe de Code aanleiding gaf, als zou voor de toelating van het getuigenbewijs eene bepaling van de wet noodig zijn (ZACHARIAE Handbuch § 757) en hij stelde daarbij buiten twijfel den zin, waarin door de meeste rechtsgeleerden de bepalingen van het fransche wetboek worden uitgelegd (o. a. TOULLIER IX n°. 19). De uitsluiting is duidelijk tot de uitzondering gemaakt; hoe uitgebreid deze moge zijn, zij moet daarom beperkt blijven tot de gevallen waarvoor zij geschreven is. Analogische toepassing der uitsluitende bepalingen wordt daardoor verboden.

Ad 1um. De redactie van onze wet (art. 1933 en 1934) ofschoon niet onberispelijk, is toch in tweeërlei opzicht duidelijker dan die der fransche: 1°. door de splitsing van art. 1341 in de twee: artt.

*) BOICEAU, Traité de la preuve par témoins en matière civile (Commentaire latin et français sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins) heeft in zijn tijd een groot gezag gehad. BORNIER zegt er van op art. 12 van tit. XX der ord. van 1667: „sur laquelle (l'Ord. de MOULINS) BORDERIUS BOSSELLUS (BOICEAU, sieur de la Borderie) a fait un si docte commentaire, qu'on n'y sçauroit rien ajouter de nouveau." DANTY nam dit getuigenis aan voor den tijd waarin BOICEAU schreef en met opzicht tot de ord. van 1566. Vooral met het oog op de ord. van 1667 vond DANTY het noodzakelijk „d'y retoucher aujourdhui" en vermeerderde het werk o. a. met bijvoegingen op ieder hoofdstuk. Van dit werk van DANTY citeer ik de parijsche uitgaaf van 1769. De in den tekst aangehaalde plaats komt daar voor in het eerste hoofdstuk van het tweede gedeelte waarin de slotwoorden van art. 54 der ord. de Moulins worden gecommentarieerd, blz. 445.

1933 en 1934, maar vooral 2°. doordien de uitsluiting van het getuigenbewijs en niet het opmaken van eene akte op den voorgrond gesteld wordt. Hierdoor wordt alle denkbeeld aan uitsluiting van andere bewijsmiddelen: eed en bekentenis, voorkomen. De fransche redactie gaf met haar: „il doit être passé acte", aanleiding tot den twijfel, of de handeling waarvan akte moest worden opgemaakt wel in rechte bestaanbaar ware zonder geschrift, al waren de uitleggers van de ordonnantie het er ook reeds over eens dat eed en bekentenis bleven toegelaten. RODIER, Questions sur l'ordonn. op tit. XX art. 2 Q. 1 n°. 11; BORNIER, Conférences nouv. ed. Paris 1729, op hetzelfde art.: JOUSSE ibid n[t] 5 a. h. e., *) 3°. eindelijk door naast de verbintenis uit overeenkomst uitdrukkelijk en afzonderlijk van „de opheffing van schuld" te spreken.

Intusschen is er eenige onduidelijkheid in de woorden: „om het aanwezen aan te toonen van eenige akte of overeenkomst". De tekst van 1830 is eensluidend en in het fransch heet het: „pour prouver l'existence de tout acte ou convention". „Akte" kan hier niet de beteekenis hebben van „geschrift". Zal men het woord dan door „handeling" teruggeven dat het in enkele bopalingen van onze wet heeft? Dan ware het niet noodig geweest ook nog van „overeenkomst" te spreken. Toch was „handeling" weer te ruim voor „verbintenis" want er kan hier toch van geen andere verbintenissen sprake zijn dan die bij geschrift kunnen geconstateerd worden en dat zijn niet anders dan die uit overeenkomst ontstaan. „Overeenkomst" kon overigens wat te beperkt schijnen in verband met „onthef-

---

*) Art. 54 ord. de Moulins 1566: „Pour obvier à multiplication de faits que l'on a vu ci-devant estre mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès: avons ordonné et ordonnons que doresnavant de toutes choses excédans la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve en dites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu au contrat, ne sur ce qui serait allegué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors et depuis. En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulières, et autres qui seraient faites par les parties sous leur seings, sceaux et écritures privées".

Art. 2 tit. XII ord. 1667. „Seront passez actes par devant notaires, ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépots volontaires, et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir ésté dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands".

fing van schuld" en zoo kan „akte" gebruikt zijn om wat overeenkomst niet omvatte er mede in te begrijpen met het oog op ontheffing van schuld. Ik meende op die gronden gerechtigd te zijn den zin te verduidelijken als in den tekst is geschied. De beteekenis van art. 1341 C. Civ. in verband met de vroegere ordonnantiën, welke men heeft willen behouden, bevestigt dit. „L'ordonnance", zegt BORNIER, n'exclut la preuve par témoins qu'en matière de contrats, pactions et conventions faites entre deux parties, ainsi qu'il résulte des termes auxquels l'ordonnance et celle de Moulins sont conçues". Cf. BOICEAU chap. II. Wel merkt RODIER op: „La différence qu'il y a entre ces deux Ordonnances c'est 1°. que celle de Moulins dit qu'il sera passé des contrats, et celleci se sert du mot d'Actes, qui est plus générique" (l. c. p. 334), doch de aanleiding daartoe schijnt wel geweest te zijn dat betaling en andere „distracten" er soms niet onder begrepen werden (zie pag. 335) en dit bevestigt de aanteekening van JOUSSE, als hij zegt, n[t] 1 op: de toutes choses: „Ainsi il ne s'agit pas seulement de conventions faites entre deux parties, comme il a été porté par l'art. 54 de l'ord. de Moulins; mais en général de toutes choses qu'on a pu rediger par écrit: Comme si j'offrais de prouver par témoins que j'ai payé de l'argent à Pierre etc. Dans ce cas la preuve ne serait point admise, et ainsi des autres". Want JOUSSE vergist zich, als hij zegt dat de ord. 1566 niet sprak van „de toutes choses", maar, en daarop slaat kennelijk zijne opmerking, zij sprak niet van actes maar van contrats. Hoewel dan de eerste uitdrukking, die van actes, algemeen zij, blijft ze toch beperkt tot „ce qu'on a pu rédiger par écrit". Dat brengt de reden en de strekking van 't verbod mede dat getuigenbewijs uitsluiten wil, maar het ook alleen dàn door geschrift wil vervangen, waar dit kon opgemaakt worden. De verbinding der woorden: „acte ou convention", „akte of overeenkomst" in onze wet komt daardoor ook in helderder licht. Verg. TOULLIER IX n°. 23 en anderen geciteerd bij GARSONNET II p. 484 n[t] 9. Al schijnt de zaak door de fransche schrijvers in een wat ruimeren zin geformuleerd te worden waar zij spreken van „tous les faits juridiques dont le résultat immédiat et nécessaire est de créer, transférer, reconnaître, confirmer, ou éteindre un droit ou une obligation", in de toepassing behoort het neer te komen op wat ik als den zin onzer wet aanwees. Zie OPZOOMER op art. 1933

LAND t. a. p. bl. 414, en de eenigszins afwijkende meening van DIEPHUIS, Systeem, III bl. 34.

Wat het bedrag betreft, de wettelijke vaststelling daarvan is altijd min of meer willekeurig. Dat het W. N. v. H. de 150 franken van den Code in 150 gulden veranderde laat zich hooren, maar het willekeurige komt vooral uit als men het bedrag in het O. 1820 op *f* 400, in het Wetb. van 1830 op *f* 100, en door den wetgever van 1838 op *f* 300 ziet bepalen. De grond, waarop de Regeering de verandering van 1838 voorstelde en verdedigde, mag met recht zonderling heeten. (Zie DIEPHUIS t. a. p. bl. 32). De wetgever heeft dat bedrag moeten vaststellen, eens aangenomen dat dit in het geheel noodzakelijk was, in verband met de reden van het verbod. Wordt daarbij de verwikkeling in de procedures op den voorgrond gesteld, dan had zeker de vraag overweging verdiend of die verwikkeling niet door eene andere regeling van het getuigenverhoor en wat daarbij kan voorkomen min drukkend had kunnen worden gemaakt, vooral nu men wel genoodzaakt was het getuigenbewijs vrij te laten in handelszaken. Doch die verwikkeling der procedures brengt de ord. de Moulins met de wrakingen in verband en als men dan bedenkt dat toen, evenals onder de ord. van 1667, alle mogelijke redenen van wraking konden worden aangevoerd en dat daartoe de toevlucht werd genomen omdat men de omkooping der getuigen vreesde, dan is zeker die grond van verwikkeling der processen vrij wat verminderd, sedert de C. C. en nog duidelijker onze wet de redenen van wraking tot de uitdrukkelijk in de wet genoemde, beperkten. Zij zou nog meer verminderen indien de wraking werd afgeschaft, waartoe reden genoeg bestaat, terwijl de bezwaren niet afdoende mogen heeten.

Zijn dan soms buitendien de kosten bij ons zóó drukkend, dat men zelfs de gedingen beneden de *f* 300 er niet mêe kan belasten? Er zou geen reden zijn zich op de mogelijkheid van de verhooging van het bedrag tot *f* 300 te verhoovaardigen. Doch evenmin als hiernaar onderzoek schijnt gedaan, evenmin schijnt men deze overweging te hebben laten gelden, of in verband met den stand van het onderwijs zonder bezwaar geschrift kan worden geëischt. Want wanneer eens de uitsluiting van het getuigenbewijs om de vrees voor omkooping noodzakelijk is, dan mag het niet de vraag zijn, voor welke gedingen de kosten van de omkooping te hoog zouden

loopen zoodat deze niet te duchten zij, wat nauwlijks mogelijk is te bepalen, maar hoe ver men, met het oog op de verspreiding der schrijfkunst en het gebruik van het schrift, dit laatste kan voorschrijven zonder de rechtzoekenden door de uitsluiting van het getuigenbewijs van rechtszekerheid te berooven en zonder de kosten en den omslag eener authentieke akte noodzakelijk te maken, ten opzichte van dien stand der maatschappij, bij welken vooral verbintenissen van of beneden die waarde zullen voorkomen. Dàn eerst zou de wetgever kunnen zeggen, dat hem de nu bepaalde som, „met het oog op onze maatschappelijke toestanden en betrekkingen gepast is voorgekomen". Nu moge hij dit meenen maar of zijn oog juist zag is niet gebleken. Men mag nimmer zóó ver gaan dat de uitsluiting ten gevolge heeft dat tot authentiek geschrift de toevlucht moet worden genomen, en tot welk bedrag zou men dan meenen dat voor omkooping geen gevaar meer bestond omdat deze te duur zou worden? Onze Regeering meende in 1833 dat men het bij ons wel met *f* 300 kon wagen. Maar blijkt uit dergelijke gissingen niet, dat eene uitsluiting van het getuigenbewijs, met het oog op het bedrag, eene weinig redelijke bepaling is?

Het bedrag wordt bepaald door het onderwerp der verbintenis of de ontheffing, volgens art. 1933; niet alzoo door het voorwerp der ingestelde vordering, al schijnt art. 1936 het op de ingestelde vordering terug te brengen. Het laat zich evenwel licht verklaren, hoe dáár van de „rechtsvordering" gesproken wordt, al had de wetgever niet nog liever van den „eisch" moeten spreken. Het is overigens niet dan een juiste toepassing, welke hij van art. 1933 maakt, als hij in art. 1936 zegt dat dit voorschrift van toepassing is, wanneer, buiten en behalve de hoofdsom, interessen gevorderd worden welke met die hoofdsom vereenigd de som van *f* 300 te boven gaan. Want zijn er interessen bedongen dan maken die even goed als de hoofdsom, het voorwerp der verbintenis uit. Toch kunnen de personen die met deze wetsbepalingen te doen hebben zich licht vergissen, als zij op de *f* 300 lettende, bijv. *f* 260 ter leen geven tegen 5°/₀ zonder schrift. Wanneer zij dan na vier jaren geen interessen ontvangen te hebben hun eisch tot betaling van *f* 260 + 52 instellen, zullen zij hunne vordering niet door getuigen kunnen bewijzen. Dat de interessen welke van af het instellen van den eisch verschuldigd worden niet mêetellen

is duidelijk en algemeen aangenomen. Verg. eene dergelijke toepassing der wet bij berekening van het bedrag waar 's rechters bevoegdheid van afhangt in Dl. I bl. 389 j° 251.

Om het getuigenbewijs uit te sluiten moet het blijken dat de waarde van het voorwerp der verbintenis hooger is dan *ƒ* 300. Blijkt dit niet of is het onzeker dan blijft het bij den regel van toelating dóor art. 1932 op den voorgrond gesteld. Betoog bij DIEPHUIS bl. 45.

In overeenstemming met de bepaling van art. 1933, uit het straks aangegeven oogpunt, is ook het voorschrift van art. 1938, hetwelk het bewijs door getuigen niet toelaat wanneer wel minder dan *ƒ* 300 geëischt wordt, maar de geëischt wordende som het overschot of een gedeelte uitmaakt van eene inschuld oorspronkelijk boven dat bedrag.

De Code bepaalde dit in art. 1344, gelijk oók ons art. 1936 aan art. 1342 van het fransche wetb. ontleend is; de zin der bepalingen van den Code komt echter door het gebod van art. 1341 „Il doit être passé acte" in nog helderder licht *).

Dat eindelijk hij die een eisch gedaan heeft tot voldoening eener verbintenis driehonderd te boven gaande niet tot bewijs door getuigen kan worden toegelaten, al mocht hij zijne oorspronkelijke vordering tot die som verminderen, gelijk art. 1937 in overeenstemming met art. 1343 C. C. bepaalt, dit wordt tot handhaving van het verbod van art. 1933 tegen ontduiking gevorderd. Waar eens een grootere som gevorderd werd, mag aangenomen worden dat ook deze verschuldigd werd geacht; de vermindering van dat bedrag tot beneden driehonderd gulden op de tegen de vordering ingebrachte verdediging van den gedaagde mag veilig den wetgever doen onderstellen dat men op die wijze, terwijl geschrift ontbreekt, door getuigen wil trachten te bewijzen wat daardoor niet bewezen mocht worden, daar, voor het bewijs, geschrift van de verbintenis had moeten worden opgemaakt.

Art. 1343 C. C., bepaalde uitdrukkelijk wat door de jurisprudentie onder de ordonnantie was aangenomen, Zie JOUSSE en BORNIER op art. 5.

---

*) Zoo zijn ook de slotwoorden van art. 1844 minder misplaatst dan die van art. 1938. Al waren zij evenwel in beide artt. beter weggelaten, zij zijn daarom wel te verklaren en behoeven tot moeilijkheden geen aanleiding te geven. Verg. DIEPHUIS bl. 36, 37 en de aangeh.

Het behoeft geen betoog dat de bij art. 134 B. R. toegekende bevoegdheid om den eisch te verminderen door deze bepaling niet wordt ontnomen. Wil de eischer echter van getuigenbewijs tot staving der verminderde vordering gebruik maken dan zal hij, na afstand van de instantie te hebben gedaan, een nieuwen eisch tot het minder bedrag moeten instellen. Arg. art. 277 n°. 1. Zie Dl. II bl. 128, III bl. 144.

De bepalingen van art. 1345 en 1346 C. C. bevatten eene afwijking of, wil men, eene overschrijding van het beginsel in art. 1342 aangenomen en werden daarom terecht door onzen wetgever verworpen. Zie VOORDUIN V, bl. 506, NOORDZIEK 1824/25 II, bl. 647, 638 en 726.

Ad 2um. De ordonnantie van 1667, die ook deze uitsluiting van het getuigenbewijs aan die van 1566 ontleende, liet haar evenwel niet als deze laatste van het bedrag afhangen. Zie RODIER op art. 2 Q. I. Dit was eene, in den Code en ook in ons wetboek nagevolgde, rationeele uitbreiding van de uitsluiting. Daarbij valt dan alle willekeur weg, die, gelijk ik opmerkte, bij de vorige uitzondering niet weg te redeneeren is. Immers wanneer, wat hier vooronderstelt wordt, de partijen hunne verhouding eens bij geschrift hebben geregeld, eene akte van de overeenkomst hebben opgemaakt of doen opmaken, dan heeft de eisch van het geschrift voor haar geen bezwaar. Moet nu aan het schriftelijk bewijs boven het getuigenbewijs de voorkeur worden toegekend, zoodat waar het eerste te verkrijgen is het laatste moet wordeu uitgesloten, dan is tegen de uitsluiting van getuigenbewijs omtrent hetgeen in strijd is met den inhoud der akte of waar de inhoud daarvan zou worden aangevuld niet veel in te brengen. Ook komt bij deze uitsluiting in aanmerking de overweging dat uit het in schrift brengen eener overeenkomst en het onderteekenen der akte blijkt dat de besprekingen van partijen in een afspraak zijn overgegaan. Als zij iets anders gewild hadden, zouden zij 't er wel bij opgenomen hebben en voor getuigen is vergissing omtrent bespreken en afspreken niet vreemd. Hier vindt het „lettres passent témoins" gereede toepassing, in dien zin dat, waar geschrift aanwezig is, dit niet door getuigenbewijs kan worden tenietgedaan.

Er is geen onderscheid tusschen art. 1934 en art. 1341 C. C. op dit punt, al verschillen eenigszins de uitdrukkingen. Verg. art. 1944

holl. en fr. tekst W. 1830, Arrest H. Raad 7 Oct. 1853 W. n°. 1479.

De beteekenis van „tegen of boven den inhoud" wat nader omschreven wordt in; „dat vóór, ten tijde, of na het opmaken zou zijn gezegd" is deze, dat uitgesloten wordt getuigenbewijs van zoodanige bedingen welke wijziging zouden brengen in hetgeen in de akte is in schrift gesteld. Tegen den inhoud is wat met dien inhoud strijdt: de akte houdt in: 100; de schuldeischer beweert: 120, of schuldenaar: 90. Boven den inhoud is wat niet in de akte staat: er zijn geen interessen bedongen, schuldeischer beweert beding van jaarlijksche interessen. Ook datgene wat bij gelegenheid van het opmaken der akte zou zijn gezegd moet wel met dien inhoud in strijd zijn of buiten dien inhoud staan. Anders kwam het natuurlijk niet te pas daarvan buiten de akte om bewijs te leveren. Het blijkt dat men van dit alles even goed als van het in schrift gestelde bij het geschrift had kunnen doen blijken; het bewijs door geschrift is hier dus geen onredelijke eisch en het bewijs door getuigen heeft hier zelfs een vermoeden in zijn nadeel. Want, wanneer de nu beweerde bedingen werkelijk gemaakt zijn, waarom werden zij dan niet in schrift gesteld? waarschijnlijk omdat het daaromtrent niet tot een afspraak kwam. Ligt in het geschrift een duidelijk bewijs daarvan dat partijen het eens werden omtrent hetgeen er in staat, dan mag, waar het hetgeen er bij behoort ontbreekt, aangenomen worden dat daaromtrent geen eenstemmigheid is ontstaan. Ik heb de woorden der wet vóór, bij of nà het opmaken der akte teruggegeven met: bij gelegenheid van het opmaken der akte en daardoor, als men wil, hun zin eenigszins beperkt. Zie anders in arr. H. Raad 4 Januari 1861 W. n°. 2247, doch het komt mij voor dat Laurent XIX n°. 481 en 482 het fransche artikel juist verklaart. Verg. ook Mr. A. A. de Pinto, Handelingen der Juristen-Vereeniging 1879 Dl. I bl. 60 v. Hiermede zijn ook de grenzen der uitsluiting aangewezen. Wat niet strijdt met den inhoud en ook niet iets anders is dan de inhoud kan door getuigen worden bewezen. Waar van een landgoed met aanhoorigheden in de akte wordt gesproken en geschil ontstaat wat partijen met die aanhoorigheden hebben bedoeld of er dit of dat stuk grond al of niet onder begrepen is, daar wordt getuigenbewijs niet uitgesloten. Want iets anders is uitleggen, iets anders wijzigen tegen den duidelijken inhoud. Zoo vermeldt ook Rodière uitdrukkelijk onder de gevallen waarin getuigenbewijs niet is uitgesloten, wanneer het

geldt een feit „qui tend, non à détruire le contenu dans un acte, mais à l'expliquer ou l'interpréter", ad art. 2 Q, 1 p. 335 n°. 8. Wat niet valt in de termen van gezegd te worden, bijv. geweld; dwaling of bedrog, valt niet onder de uitsluiting. — En hoe zal het zijn met eene niet uitgedrukte oorzaak? De oorzaak behoeft niet te worden uitgedrukt (art. 1372 B. W.); zeker behoort zij strikt genomen niet tot hetgeen tegen of boven den inhoud der akte gevorderd wordt, maar nu het bewijs van de niet uitgedrukte d. i. van de niet in schrift gestelde oorzaak door den schuldeischer moet geleverd worden, zij dus niet ondersteld wordt te bestaan, is die oorzaak iets wat buiten de akte ligt en voor of ten tijde van de akte moet gezegd zijn. Anders Deventer 24 Juni 1874 W. n°. 3777. Zie ook LAND t. a. p. bl. 418. Art. 1915 B. W. staat daaraan niet in den weg. Die bepaling spreekt zich niet uit over de afhankelijkheid der schuldbekentenis van hare oorzaak. Indien eene geldige oorzaak is uitgedrukt kan stellig het bewijs eener ongeldige oorzaak tegenover het geschrift niet door getuigen bewezen worden. Dat dit een bewijs tegen den inhoud van de akte zou zijn is niet twijfelachtig. Dat BOICEAU p. 479 over het bewijs der niet uitgedrukte oorzaak anders dacht, volgt uit de bewoordingen der ord. de Moulins; DANTY p. 484 had niet te rekenen met eene bepaling als art. 1372 B. W. — Eene opheffing of wijziging van de in de akte geconstateerde verbintenis: eene latere betaling, kwijtschelding, ontbinding valt weder niet onder de uitsluiting. De akte vermeldt feiten, waaruit eene verbintenis is ontstaan en bewijst derhalve dit ontstaan, maar het te niet gaan of wijzigen ligt daarbuiten; het laat het feit waarvoor de akte werd opgemaakt en derhalve den inhoud van deze intact. Hij die de opheffing beweert van eene bij eene akte geconstateerde verbintenis erkent zelfs het ontstaan van die verbintenis hetwelk de akte bestemd was te constateeren. Wel beweert JOUSSE op art. 2 het tegendeel en zegt hij met zoovele woorden; „il parait que ce serait aller directement contre le texte de l'ordonnance que d'admettre ces sortes de preuves". DANTY schijnt van hetzefde gevoelen te zijn in zijne add. op BOICEAU 611 n°. 14 Ook schijnt de praktijk dit gevoelen te hebben aangenomen. POTHIER die het afkeurt schrijft die praktijk dan ook toe aan „une mauvaise interprétation qu'on a donnée à l'ordonnance" en BUGNET heeft gelijk, als hij daarop aanteekent, „que l'usage indiqué par POTHIER est en dehors de la prescription de la loi. Art. 1341 C. C. verdraagt haar evenmin als ons art. 1934. Toch zijn er uitleggers

van den Code die het tegendeel beweren. LAROMBIÈRE op art. 1341 n°. 29. Wordt nu het bewijs door getuigen van de opheffing der verbintenis door art. 1934 niet uitgesloten, het kan natuurlijk niet buiten de grenzen van art. 1933 worden toegelaten.

Het zal nauwelijks vermelding behoeven dat, wanneer de wet in art. 1934 van den inhoud der akten spreekt, zij niet op de verklaringen van den ambtenaar die de akte opmaakte, maar op den inhoud der verklaringen van partijen het oog heeft. De kracht der verklaringen van den openbaren ambtenaar wordt door het bewijs van hare valschheid opgeheven en daartoe kan ook getuigenbewijs dienen. Art. 176 B. R., hetwelk op beweerde valschheid van een onderhandsch stuk evenzeer van toepassing is.

Behalve de in art. 1933 en 1934 vermelde uitsluiting van algemeenen aard en behalve de uitsluiting van getuigenbewijs in handelszaken naar aanleiding van de slotwoorden van art. 1 § 2 K. waarover straks, treffen we in het B. W. nog enkele gevallen aan, waarin het bewijs der getuigen volstrekt of betrekkelijk is uitgesloten. Zoo wil art. 319 het bewijs der wettige afstamming eerst dàn door getuigen bewezen zien als èn akte van geboorte èn bezit van staat ontbreken, en ook dan nog alleen wanneer er begin van bewijs door geschrift, overeenkomstig art. 320, aanwezig is. Het moederschap van een onecht kind kan eerst door getuigen bewezen worden, als er een begin van bewijs door geschrift bestaat. Art. 343 B. W. Geboorten, huwelijken, echtscheiding, overlijden kunnen niet door getuigen bewezen worden dan wanneer bewezen is dat de registers verloren zijn geraakt of eene akte daaraan ontbreekt. Art. 156, 49, 62. Voor geboorten moet dit worden afgeleid uit art. 1932 en arg. art. 1940, 4°. niettegenstaande de bepaling van art. 46 C. C., wat de geboorten betreft, opzettelijk niet werd overgenomen. De reden waarom dit niet geschiedde, (VOORDUIN II op art. 26, ASSER Verg. § 16) berust op eene dwaling. Art. 1604 sluit getuigenbewijs volstrekt uit indien de huur zonder geschrift aangegaan nog op geenerlei wijze is ten uitvoer gebracht en ontkend wordt. Dan is alleen de beslissende eed toegelaten. Voor hen, die van oordeel mochten zijn dat art. 1888 voor de dading geschrift tot bewijs vordert, moet ook van dit artikel hier melding worden gemaakt. Doch ik ben van oordeel, dat het geschrift hier als vorm tot het bestaan

der overeenkomst vereischt wordt en dergelijke gevallen behooren niet hier, al is daardoor dan ook a fortiori het bewijs door getuigen uitgesloten. Want, wanneer het geschrift „sollemnitatis causa", zooals men dit noemt, gevorderd wordt is het daardoor van zelf het uitsluitende bewijsmiddel.

Beperking der uitzonderingen.

Die uitzonderingen gelden evenwel niet onbeperkt. Zij zijn niet toepasselijk:

1°. in zaken van koophandel, tenzij bij het Wetb. van Kooph. een bepaald middel van bewijs is voorgeschreven waardoor het getuigenbewijs uitgesloten wordt. Art. 1935 B. W.; art. 1 § 2 K.;

2°. wanneer er een begin van bewijs bij geschrift aanwezig is. Art. 1939 B. W.;

3°. in alle die gevallen waarin het niet mogelijk is geweest zich een schriftelijk bewijs te verschaffen; voorts bij bewaargevingen welke aan herbergiers en logementhouders worden geacht gedaan te zijn door reizigers die bij hen hun intrek nemen, naarmate van de hoedanigheid der personen en naar gelang van de omstandigheden, (art. 1746 j° 1740 B. W.). Art. 1940. — Ook is getuigenbewijs toegelaten in geval de titel, welke tot bewijs dienen moet, door toeval of overmacht is verloren gegaan. Art. 1940 n°. 4 B. W.

Ad 1um. De uitsluiting van getuigenbewijs heeft op het gebied van den handel geen ingang kunnen vinden. Al maakte de ord. 1566 geen uitzondering, bij die van 1667 zag de wetgever zich verplicht de uitsluiting te beperken: „sans toutefois rien innover pour ce regard en ce qui s'observe en la justice des juges et Consuls des Marchands". BORNIER wijst er op dat de toelating in handelszaken vroeger alleen op het gebruik en het gezag van enkele arresten steunde; hij acht echter de toelating gevaarlijk en alleen onder gunstige omstandigheden aan te raden. Ook RODIER meent dat in handelszaken even goed valsche getuigen te vreezen zijn en maakt melding van een handelsgerecht dat getuigenbewijs boven een bedrag van 100 lires zelden toelaat. De al of niet toelating schijnt dus geheel aan het beleid des rechters te zijn overgelaten geweest (JOUSSE op art. 2 a. h. e.) en dat het onder de ord. de Moulins niet anders geweest is, bevestigen de berichten die door de samenstellers der Ord. 1667 van de handelsgerechten waren bekomen. Zie BOICEAU, traité de la preuve p. t. par DANTY p. 11. Dien toe-

stand bevestigde de fransche wetgever, toen hij de slotbepaling van art. 109 C. de C. neerschreef. Ook de Aartshertogen ALBRECHT en ISABELLA zagen zich verplicht om in 1617 hun edict van 1611 met eene bepaling tot toelating van het getuigenbewijs in handelszaken aan te vullen. Onze wetgever volgde het gegeven voorbeeld doch sloot de bevoegdheid des rechters, om het naar omstandigheden toe te laten of niet, uit en wilde van geen andere beperking weten, dan die in het W. v. K. zelf gemaakt was. Wel zijn de juristen er verlegen meê om de uitzondering voor handelszaken goed te maken. Want als de een zegt dat de reden ligt in „la bonne foy avec laquelle on agit dans le commerce" (BORNIER) dan vraagt een ander niet ten onrechte „si la bonne foi est l'âme du commerce ces sortes de preuves ne la décréditent-elles pas?" (RODIER) En JOUSSE, die de meening verwerpt, als zoude getuigenbewijs hier zijn toegelaten omdat de koopmansboeken een soort van begin van bewijs bij geschrift opleveren, weet er niet anders van te zeggen dan dat de uitzondering gegrond is „sur la faveur du commerce". Zeker is het dat de handel het bewijsmiddel niet scheen te kunnen noch te willen missen. Dat kan wel liggen aan den tijd waarop, de plaats waar, de omstandigheden waaronder de handelszaken tot stand komen en ook wel aan de in den handel in acht te nemen goede trouw, in dien zin dat deze niet, door het vorderen van schrift, in twijfel mag worden getrokken. Die overweging had er ook onder de ord. de Moulins toe geleid de vrijwillige bewaargeving niet onder het verbod te begrijpen, waaraan de uitdrukkelijke bepaling van de ord. van 1667 omtrent deze overeenkomst te danken is. (BOICEAU chap. III p. 64 en DANTY op dat hoofdst. p. 72). Hoe 't zij, de noodzakelijkheid van afwijking in den handel bewijst juist niet voor de deugdelijkheid van de uitsluiting zelve. Toch ging de wetgever met die uitzondering voor den handel te ver. Immers hoe weinig gerechtvaardigd de uitsluiting van het getuigenbewijs om het bedrag moge zijn (zie daarover laatstelijk de Mem. v. Toel. tot het op 20 September 1893 bij de Kamers aanhangig gemaakt Ontwerp houdende uitbreiding van het bewijs door getuigen in burgerl. zaken), de uitsluiting in geval van art. 1934 is even rationeel op 't gebied van den handel als daarbuiten. Van vervolgingen wegens valsch getuigenis in burgerlijke of handelszaken schijnt zelden de rede te zijn.

De schrijvers over de ordonnantie spreken uitsluitend van gevallen dat getuigenbewijs in handelszaken boven het bepaald bedrag wordt toegelaten, dat zij het toegelaten achten in gevallen, als in ons art. 1934 bedoeld, blijkt uiet en zeer waarschijnlijk liet de rechter het in zoodanige gevallen nog minder gemakkelijk toe dan waar het op het bedrag aankwam. Want de uitsluiting in de bedoelde gevallen is, gelijk wij zagen, hoogst rationeel. Met recht kan men zeggen „dat de toelating van getnigenbewijs tegen of boven den inhoud der akte enz. de waarde van het schriftelijk bewijs ontzenuwt". Doch de wet is duidelijk èn in art. 1935, waar de toepassing van beide bepalingen, zoowel 1934 als 1933, op handelszaken wordt uitgesloten, èn in art. 1 § 2 W. v. K., waar de wetgever met de woorden: zonder aanzien van den aard en het bedrag des onderwerps wel op de beide bepalingen het oog moet hebben gehad. GARSONNET § 328 I, p. 497 meent het zelfs een van ouds bestaand „usage constant parmi les négociants" te mogen noemen met beroep op MERLIN. Doch VAN HALL, die van die ontzenuwing van het schriftelijk bewijs spreekt, (N. R. B. 1851 I, bl. 704) maakt zich ten onrechte beducht dat ook daar, waar de wetgever in handelszaken schriftelijk bewijs vordert, art. 1934 niet zou gelden. Immers de algemeene toelating van het getuigenbewijs, dus ook tegen of boven den inhoud van de akte, vervalt weder, wanneer „bij dit wetboek" een bepaald middel van bewijs bij uitsluiting is voorgeschreven. Opmerking verdient de bepaling van art. 274 K., alwaar bewijs tegen den inhoud van eene akte wordt toegelaten. De bepaling wordt echter verklaard en gerechtvaardigd door het karakter van de verzekering als indemniteits-contract. Alleen tegen § 2 kan de gegronde bedenking worden gemaakt, dat de wetgever, bij die bepaling, uit het oog verliest, dat de goede trouw de grondslag der overeenkomst is en dat hij daardoor den verzekeraar boven den verzekerde in bescherming neemt. Zie MOLENGRAAFF bl. 86 tegen ENDEMANN, en GOUDSMIT in Themis.

Dat het Wetboek van Koophandel niet juist een enkel middel van bewijs met uitsluiting van alle anderen behoeft voor te schrijven om getuigenbewijs uit te sluiten maar dat de noodzakelijkheid van bewijs door geschrifte daartoe voldoende is, volgt m. i. uit de tegenstelling welke tusschen het getuigenbewijs en het schriftelijk bewijs ook in het B. W. gemaakt wordt. Dat voorts

de uitsluiting van getuigenbewijs niet eerst het gevolg is van een voorschrift, dat geschrift tot de bestaanbaarheid der handeling vordert, is m. i. niet minder duidelijk. Zeker, wanneer de wet het geschrift, zoo gezegd, sollemnitatis causa vordert, als in art. 38, de authentieke akte voor de nl. vennootschap, in art. 181, 182 het protest voor niet-betaling of niet-acceptatie, den bodemerijbrief naar artt. 570—572, dan is geen ander bewijsmiddel dan geschrift toegelaten; want zonder dat bestaat de handeling rechtens niet, maar dan is de uitsluiting van getuigenbewijs niet het gevolg van een voorschrift dat het bewijs betreft en dàt vordert art. 1 § 2. Als de wetgever, gelijk hij dit in meer dan éène bepaling doet, zegt dat eene akte moet worden opgemaakt, zooals in art. 22, dan wordt daardoor wel getuigenbewijs uitgesloten, maar er volgt niet uit dat het geschrift een noodzakelijk bestanddeel der handeling is, evenmin als dit het gevolg was van de bepalingen der ordonnanties en van art. 1341 C. C. „il doit être passé acte". Dit werd reeds zeer goed aangegeven door RODIER t. a. p. „..l'écriture n'est pas de l'essence des actes de vente, elle n'en est que la preuve, ou plutôt une des preuves. La vente peut donc subsister sans écrit, et si on ne peut la prouver ni par écrit, puis qu'il n'y en a pas, ni par témoins parceque cela est prohibé, on peut la prouver par l'aveu et le serment de la partie". Toepassing van de beperking treft men aan in art. 22 K., volgens welke bepaling m. i. het getuigenbewijs tusschen vennooten is uitgesloten. Voorts in art. 90, art. 255, nader verklaard in artt. 257 en 258, artt. 384, 395, 512, 621, 623, 729 K., in sommige van welke bepalingen de uitsluiting van het getuigenbewijs, welke anders het gevolg zou zijn van het voorgeschreven bewijs door geschrifte, weder wordt opgeheven. — Voorts zijn de verbintenissen uit wisselovereenkomsten en daarmede gelijkstaande, het trekken, endosseeren, accepteeren van wissels, orderbriefjes, acceptatiën niet anders bestaanbaar dan in geschrifte. — Eene dading over handelszaken is evenmin voor bewijs door getuigen vatbaar als wanneer zij buiten het gebied der handelszaken mocht zijn gesloten. Art. 1888 § 2 sluit niet het bewijs door getuigen uit, maar ieder bewijs buiten dat door geschrift, vermits de overeenkomst van dading slechts van waarde is, indien zij schriftelijk is aangegaan. Het geschrift is hier alzoo sollemnitatis causa voorgeschreven en art. 1 § 2 K. is dus niet toepasselijk.

Het heeft met deze vraag niets te maken. Het laat getuigenbewijs alleen toe waar het als zoodanig door de bepalingen van het gemeene recht werd uitgesloten. Zie den strijd over dit punt bij Mr. C. P. Zaaijer Dading naar Nederl. recht. Acad. proefschr. Leiden 1889, bl. 76—81. — Dat de discretionnaire macht aan den rechter bij art. 109 C. de C. omtrent het getuigenbewijs toegekend ook thans bij ons zou moeten worden aangenomen tracht Holtius op art. 1 K. (I blz. 50) te vergeefs te betoogen. Want art. 1932 stelt de toelating afhankelijk van de wet, niet van den rechter. Verg. art. 103 en 199 W. v. B. R.

Onder handelszaken, welke uitdrukking hier in de materieele beteekenis van het woord is op te vatten, meen ik naar aanleiding van art. 3, 4 en 5 K. en de geschiedenis van de wording dezer bepalingen, te moeten verstaan rechtsbetrekkingen welke volgens de wet tot het gebied van den handel behooren, met name de zoodanige welke en zooverre als zij uit daden van koophandel voortspruiten of uit feiten door de wet tot het gebied van den handel gebracht. Opzettelijk spreek ik niet van de rechtsbetrekkingen, en voeg ik er bij „voor zooverre" enz. Want de wetgever stelt bij de daden v. k. in den regel niet de overeenkomst op den voorgrond maar vermeldt meerendeels de handelingen in zoodanig verband, dat hij slechts die van eene der partijen in eene overeenkomst daartoe brengt. Zoo wordt in art. 3 het koopen, de daad des koopers, niet de daad van hem die den kooper het gekochte verkocht, tot de daden van koophandel gebracht. Verg. ook art. 304 en 305 B. R. waar de verbintenis op den voorgrond staat. Als Diephuis III bl. 56 (met hem Land t. a. p. bl. 419) voor het bewijs het antwoord doet afhangen van het karakter, hetwelk de handeling heeft voor hem die haar door getuigen wenscht te bewijzen, dan kan dit niet goed gemaakt worden met de overweging, dat de vrijheid van bewijs is toegestaan in het belang van den handel en ten behoeve van hen die daden van koophandel verrichten. Want men mag vragen: of dan ten behoeve van den handel niet-handeldrijvenden aan de bijzondere bepalingen van handelsrecht moeten worden onderworpen? en opmerken dat die beweerde vrijheid voor den handel door den wetgever wordt toegepast door haar toe te kennen in handelszaken, dus tot bewijs van handelszaken, en deze kunnen niet anders zijn dan betrekkingen uit daden enz.

voortspruitende en dan voor zoover zij daaruit voortkomen. Verg. KIST VI, bl. 4, I, bl. 18, CARSTEN Bijdr. t. d. leer der zaken van koophandel. Acad. proefschr. Leiden 1882. Zie ook GOLDSCHMIDT Handelsrecht § 1 en § 44. GARSONNET § 327, I, p. 394 en nt 39. Blijkt ook hier de moeilijkheid om de handelsrechtelijke betrekking zóó scherp te begrenzen dat daardoor een bevredigend resultaat wordt verkregen, dan wordt daardoor de wenschelijkheid van bijzondere bepalingen voor die betrekkingen alweder in twijfel gesteld.

Ad 2um. Zie de vorige afdeeling § 110. De uitzondering stond niet in de ord. van 1566 doch werd niettemin in de jurisprudentie aangenomen, en deze werd in 1667, art. 3 bevestigd. „La raison pour laquelle la preuve par témoins est reçue en ce cas", merkte BORNIER op dit art. 3 aan, „est d'autant que cette preuve n'est ordonnée que pour fortifier l'écriture; que l'art. 54 de l'Ordonnance de Moulins étant contre le droit commun, doit être plutôt restraint qu'étendue, et que les moindres apparences qu'on voye la vérité de ce qu'on met en fait, ou les doit recevoir et en faciliter la preuve".

Ad 3um. Terwijl de ordonnantie van 1667 duidelijk genoeg de bepaling omtrent de uitsluiting van het getuigenbewijs alleen verstond van verbintenissen uit overeenkomst voortspruitende, vooral omdat zij in art. 2 verklaarde ook de „dépôts volontaires" onder de uitsluiting te begrijpen en daarmede wederom verband hielden de bepalingen van art. 3, hetwelk haar niet wilde toegepast hebben op „dépôts nécessaires en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage où on ne pourrait avoir fait des actes", en van art. 4, hetwelk ditzelfde bepaalde van „dépôts faits en logeant dans une hostellerie entre les mains de l'hoste ou de l'hostesse", zoo was daar ook geen algemeene bepaling aan toegevoegd als in den aanhef van art. 1348 C. C. en ons art. 1940 wordt aangetroffen. De redenen van onmogelijkheid waren in de bepaald aangewezen gevallen toegepast. De uitleggers van de ord. maakten evenwel van de in art. 3 aangegeven ratio, où on ne pourrait avoir fait des actes", een algemeenen regel en rukten dien nu uit het verband, waarin hij alleen paste, namelijk dat van die uit overeenkomst spruitende verbintenissen geen akte had kunnen worden opgemaakt. Nu gingen zij ook aan andere gevallen denken en zoo bracht POTHIER, op het voorbeeld van de Commentatoren der ordonn.,

hier „délits et quasi délits" en de „quasi contrats" bij te pas n°. 809, 810, 812. Voor den wetgever was dit echter geen reden om het ook te doen. Toch schreef de fransche wetgever POTHIER na in art. 1348 n°. 1; de onze volgde zijn voorbeeld in art. 1940 n°. 1. Overbodig, onlogisch en onjuist, als men niet oplet en daardoor vergeten mocht er aan toe te voegen „voor zoover het ook bij deze niet mogelijk was zich schriftelijk bewijs te verschaffen", wat de uitdrukking: „verbintenissen", niet de of alle, toelaat. Immers, wanneer de verbintenis ontstaat uit eene onverschuldigd ontvangen betaling, waarom zou dan hij die het betaalde terugvordert tot bewijs van de betaling door getuigen moeten worden toegelaten, als het bedrag boven de ƒ 300 is? Brengt de aard van het feit van betalen in dit geval onmogelijkheid mede om zich daarvan een schriftelijk bewijs te verschaffen? Daarom ware n°. 1 beter achterwege gebleven. Het kan in geen geval een argument opleveren, als zoude art. 1933 een uitgebreidere beteekenis hebben dan wij die vroeger hebben aangegeven.

Art. 1940, n°. 2 is voor zoover het uit de ordonn., a. 3, is overgenomen een zeer juiste bepaling. Maar waarom daarbij de restrictie gemaakt „alles naarmate de hoedanigheid der personen en naar gelang van de omstandigheden der zaak"? De onmogelijkheid is bij bewaargeving uit noodzaak evident genoeg. Maar de ordonnantie liet in art. 4 de toelating van getuigenbewijs met opzicht tot bewaargeving in herbergen *), boven het bedrag, van de omstandigheden afhangen. Want hier bestaat niet onmogelijkheid als bij bewaargeving uit noodzaak. POTHIER zegt niet ten onrechte, „car on ne dresse point d'actes par écrit de ces dépôts; un hôte n'aurait pas le loisir de faire inventaire de toutes les choses que lui confient les voyageurs qui arrivent tous les jours et à tous moments chez lui". Men doet het niet; maar 't kan wel. Kan niet juist de groote kostbaarheid van zaken die een reiziger bij zich heeft er toe leiden dat hij ze opzettelijk in bewaring geeft, en zou een hôtelhouder weigeren dit aan te nemen en er bewijs van te geven? En bij bewaargeving in herbergen is misbruik van deze bepaling te vreezen en daarom te voorkomen. In n°. 2 van art. 1940 zijn

*) Waarom hebben we dit zoo duidelijk sprekend woord door logement en door hôtel laten verdringen? Het was nog overgebleven in „de nieuwe Stadsherberg". De zucht naar voornaamheid van de herbergiers heeft hier waarschijnlijk met die der gasten saamgespannen. Nauwelijks vindt men nog „herbergen" op het platteland.

alzoo saamgevoegd twee gevallen: de bewaargeving uit noodzaak en de daarmede in art. 1746 B. W. gelijkgestelde, die gescheiden hadden moeten blijven, en een daarvan past niet onder den regel in den aanhef opgenomen.

N°. 3 van art. 1940 geeft een goed voorbeeld tot opheldering van den regel dat het niet mogelijk geweest is zich schriftelijk bewijs te verschaffen. Het behoeft dus niet eene onmogelijkheid te zijn, die uit den aard der handeling zelve, als bij bewaargeving uit noodzaak, voortvloeit, maar de onmogelijkheid kan ook uit omstandigheden buiten de handeling zelve liggende voortspruiten. De ord. verbond dit n°. 3 zeer juist met de bewaargeving uit noodzaak bij wijze van tegenstelling „n'entendons exclure la preuve par témoins pour depôt nécessaire.... ni en cas d'accidens imprévus où on ne pourrait avoir fait des actes". Maar dan waren in den aanhef de woorden „uit den aard der zaak", die er in 1833 zijn ingevoegd, beter weggelaten. Ofschoon het onvoorziene toeval een vereischte is om getuigenbewijs toe te laten en dus eigenlijk vooraf moest vaststaan, zal toch de afscheiding van het toeval en het feit waaruit de verbintenis zou zijn ontstaan in den regel wel niet mogelijk wezen. Wordt evenwel het onvoorziene toeval niet bewezen dan zal ook niet bewijs kunnen worden aangenomen van eene verbintenis die gesteld wordt bij die gelegenheid te zijn aangegaan.

N°. 4 van art. 1940 valt niet in den regel, want het blijkt hier juist dat men zich wèl een titel heeft kunnen verschaffen, vermits deze verloren is. Doch de fr. wetgever bracht het geval ook onder denzelfden regel, in art. 1348, ofschoon POTHIER er een afzonderlijk art. van maakte, n°. 815, en BORNIER teekent, als ontwijfelbaar, op art. 2 aan dat de ord. voor dit geval het getuigenbewijs niet uitsluit. En inderdaad, de vorm waarin de ord. en ook nog de Code de uitsluiting van het getuigenbewijs bepalen, door het bevel van het opmaken van akten, geeft grond voor die meening, want aan dat bevel is hier, naar ondersteld wordt, voldaan. Ook zal de l. 18 C. de test. IV, 20, invloed gehad hebben en voorts de overweging dat hier, zooals POTHIER opmerkt, gelijke reden voor opheffing van de uitsluiting bestaat als wanneer men zich geen geschrift heeft kunnen verschaffen, daar men hier in de onmogelijkheid is dat geschrift als bewijs bij te brengen omdat het, zooals het wel

wat breedsprakig uitgedrukt wordt, „door eene toevallige, onvoorziene en door overmacht te weeg gebrachte gebeurtenis is verloren geraakt", wat trouwens beter gezegd is dan de Code het uitdrukt in zoover deze van verlies van den titel door den schuldeischer spreekt.

De bepaling van art. 1934 zou evenwel geheel illusoir kunnen gemaakt worden, indien het voldoende ware te bewijzen dat er vroeger een geschrift had bestaan en dat dit verloren is geraakt. De bepaalde gebeurtenis, waardoor verloren is gegaan, zal moeten bewezen worden „causam peremtionis probantibus" l. c. 18. De getuigen, die in dit geval worden gehoord, moeten niet alleen bepaalde verklaringen omtrent den inhoud van den titel afleggen maar tevens omtrent de onvoorziene gebeurtenis die er heeft plaats gehad en dat daarvan het verlies van den titel het gevolg is geweest. Zie BOICEAU chap. 15 p. 324 vv. alwaar hij de onvoorziene toevallen en het voorwerp van het bewijs nader aanwijst. Deze feiten zijn uit haren aard voor getuigenbewijs vatbaar en dat daartoe tevens vermoedens kunnen dienen (art. 1959) mag hier wel van belang geacht worden.

De bijzondere bepalingen, welke men in het wisselrecht, artt. 163 en 203 W. v. K., aantreft omtrent vermiste titels, berusten op een anderen grond. Waar het recht zoo nauw aan het schrift is verbonden dat de rechthebbende het zonder dat schrift niet kan doen gelden is reeds daardoor het bewijs door getuigen uitgesloten. Toch kon de wetgever niet voorbijzien, dat de houder van een wisselbrief materieel als rechthebbende moest worden erkend, terwijl hij formeel als zoodanig niet kon optreden. Het stuk is te niet gegaan of buiten den wil des wettigen houders in eens anders handen gekomen. Het recht dat hij aan het stuk kon ontleenen, maar om hetwelk te doen gelden hij houder moest zijn, blijft hem zoo zeer toekomen dat de wet zelve hem in art. 203 nog houder noemt, sprekende van „de houder van eenen geprotesteerden en vermisten wisselbrief". Waar de wet aan zoodanigen niet-houder toekent zijn recht te doen gelden, als ware hij werkelijk houder, kan er geen sprake van zijn om te waken tegen de ontduiking van de uitsluiting van getuigenbewijs, maar wel tegen de mogelijkheid, dat een ander, die in het bezit van den wisselbrief kwam, tegen den acceptant of trekker daaruit recht deed gelden. Op het bewijs van het vermissen en de oor-

zaak daarvan komt het hier dus minder aan maar wel op vrijwaring van dien acceptant of trekker tegen aanspraken door het stellen van borgtocht.

Het zal nauwelijks noodig zijn op te merken, dat in de gevallen sub 2° en 3° in den tekst vermeld, van eene uitzondering op art. 1934 geen sprake kan zijn, wanneer er geen akte is; in het geval van art. 1940 n°. 4 moeten de getuigen bepaalde verklaringen omtrent den inhoud van den titel afleggen; daardoor wordt van zelf getuigenis uitgesloten omtrent datgene wat art. 1934 verbiedt door getuigen te bewijzen.

Geheel onverschillig is het niet, dat de wetgever onder art. 1940 gevallen heeft gebracht die van den in den aanhef vermelde niet onmiddellijk het uitvloeisel zijn. Immers nu hij ze niet tot de opgenoemde beperkt maar uitdrukkelijk zegt: „Deze uitzondering is onder andere toepasselijk" is daarmede eene ruime toepassing van de uitzondering door den wetgever zelven aan de hand gedaan.

De wijze waarop de bepaling van art. 1940 gesteld is en met name haar aanhef in verband met de gevolgtrekking uit n°. 1 te maken, geeft een grond voor de meening dat de bepalingen van art. 1933 en 1934 niet voor derden gelden. Intusschen volgt deze meening reeds voldoende uit die bepalingen zelve. De redactie van den Code en die van de ord. was wel meer afdoende maar art. 1934 wijst zoo duidelijk aan dat hier alleen van de partijen bij de handeling de rede is, dat het ook voor art. 1933 kan worden aangenomen. Met opzicht tot de bepaling van art. 1934 wordt hierop reeds door de Commentatoren van de ord. gewezen. Daar bestond er gereede aanleiding om er van te spreken. De H. Raad nam het met opzicht tot art. 1933 aan bij arresten van 23 Dec. 1881 W. n°. 4724 en 9 Mei 1884 W. n°. 5045. Zie GARSONNET § 325 I, p. 491 sv. DIEPHUIS III, bl. 54.

Aanm. 1. Wij hebben drie uitzonderingen leeren kennen. Andere worden in de wet niet genoemd. Zou de overeenstemmende wil van partijen toelating van getuigenbewijs in de door de wet uitgesloten gevallen ten gevolge kunnen hebben en de rechter het dus ook in die gevallen, bij onderling goedvinden van de partijen,

moeten bevelen? Daartoe zou op zich zelf eene uitdrukkelijke bepaling niet noodig zijn, maar als de uitsluiting van het getuigenbewijs van openbare orde is omdat het verbod ook tot den rechter is gericht, dan wordt de willekeur van partijen uitgesloten en de rechter zal ambtshalve het getuigenbewijs moeten weigeren. Mij komt dit laatste gevoelen het juiste voor. Het is waar, commentatoren van de ord. zijn van een ander gevoelen. JOUSSE, op art. 2, is althans, in strijd echter met door hem geciteerde arresten, van oordeel dat als de partij, die belang had de toelating tegen te spreken, daarin uitdrukkelijk heeft toegestemd, zij niet ontvankelijk zou zijn om van die toelating in appèl te komen. RODIER drukt hetzelfde gevoelen uit als resultaat der jurisprudentie, wanneer hij zegt: „les juges crurent que la prohibition de l'Ord. était bien de droit public, mais pour l'interêt des particuliers; qu'on ne pouvait renoncer au droit public, mais qu'il était permis de renoncer à la faveur et à l'avantage particulier que chacun pouvait en retirer", op art. 2 Q. 6.

Maar de oudste commentatoren zijn van oordeel dat noch de uitdrukkelijke overeenkomst van partijen, noch huune stilzwijgende berusting de bepaling der ord. buiten werking kan stellen. En de reden die zij opgeven is ook thans waar en volkomen juist: „La raison est que cette ordonnance est adressée directement aux juges et leur défend d'admettre la preuve par témoins au dessus de cent livres; ainsi ils sont obligés de garder l'ordonnance indépendamment du fait des parties". Zie bij DANTY op BOICEAU ed. cit. p. 48, 49. Zie ook § 124.

De jurisprudentie heeft zich in Frankrijk in den zin van JOUSSE en RODIER gevestigd, doch de schrijvers zijn zeer verdeeld. Zie GARSONNET § 325 n[t] 8.

Opmerking verdient dat de jurisprudentie het verbod toch in zoover als van openbare orde beschouwt dat zij geen vooraf gedanen afstand toelaat. En als men de redenen van het verbod nagaat: de onbetrouwbaarheid der getuigen en de verwikkeling der gedingen dan is dat karakter der bepalingen niet te ontkennen. Maar had dan niet evenals bij de verjaring, de afstand bij gelegenheid dat het getuigenbewijs in rechte gevraagd wordt, uitdrukkelijk door den wetgever moeten zijn toegelaten? Van waar verder de eisch dat de tegenpartij uitdrukkelijk moet hebben toegestemd? GARSONNET t. a. p. n[t] 9. Wat evenwel alles afdoet, dat

zijn de bewoordingen die de wet gebruikt voor het verbod. Wat BONNIER n°. 177 bijv. tegen de beteekenis van het „reçu" aanvoert, komt mij zeer zwak voor, maar in onze wet laten, dunkt mij, de uitdrukkingen waarvan de wetgever zich bedient niet toe (verg. DIEPHUIS Syst. III, bl. 10), daarin niet in de eerste plaats een verbod aan den rechter te zien. Als art. 1932 zegt dat het toegelaten wordt in alle gevallen waarin het niet door de wet is uitgesloten, hoe wil dan de rechter die tot de toelating in de concrete gevallen geroepen is, dit doen als de wet het verbiedt? Wordt die opvatting niet bevestigd door de bepaling van art. 103 en 199 B. R., volgens welke de rechter het getuigenverhoor beveelt indien het bewijs door getuigen bij de wet is toegelaten? Waaraan zullen de partijen de bevoegdheid ontleenen om den rechter van het wettelijk verbod te ontheffen? De fransche jurisprudentie kan m. i. alleen ten bewijze strekken dat de over tuiging van de noodzakelijkheid der verbodsbepalingen aanmerkelijk is verzwakt.

Aanm. 2. Toelating van getuigenbewijs heeft toelating van bewijs door vermoedens, en door eene mondelinge bekentenis buiten rechte gedaan, — uitsluiting van getuigenbewijs, uitsluiting dier middelen ten gevolge. Artt. 1959, 1965 B. W.

§ 123. BEWIJSKRACHT DER GETUIGENISSEN.

De bepalingen welke dit onderwerp regelen worden in de artt. 1942 en 1943, 1946—1951 en in artt. 1944 en 1945 aangetroffen. De beide laatstgenoemde, van welke de eerste het karakter, het laatste de waardeering van de getuigenissen betreft, werden eerst bij de herziening in 1833 opgenomen. Vroeger had men daartegen bezwaren om den leerstelligen inhoud. Zij werden niettemin in het Wetb. v. Strafv. opgenomen en zoo kregen zij ook in het B. W. hare plaats. Omtrent de andere bepalingen bestond verschil van gevoelen, of zij in het B. W. dan wel in dat van B. R. behoorden opgenomen te worden, doch men kwam niet veel verder dan het wederzijdsch beroep op den aard dezer bepalingen. Zeker had de C. de Pr. hier invloed. Al komt de toepassing der bepalingen omtrent onbekwaamheid en wraking bij het getuigen-

verhoor te pas en al zal ook daar de rechter de kracht van het bewijs meer in het bijzonder naar art. 1942 en 1943 hebben te beoordeelen, dit is niet minder waar van de gevallen waarin het getuigenbewijs is toegelaten. Doch van vormen of formaliteiten van procedure is hier immers in 't geheel geen sprake. Zie VOORDUIN op art. 1941, NOORDZIEK t. a. p. bl. 727, 756, 757. Hoezeer dan deze bepalingen niet ten onrechte in het B. W. zijn opgenomen, zal ik toch de bepaling van art. 1945, voor zooveel noodig, in verband met de rechtspleging bespreken omdat wij hier met eene handeling des rechters te doen hebben, welke voorbereid wordt door de pleidooien, die na afloop van het getuigenverhoor gehouden kunnen worden.

Waarvan is bewijskracht afhankelijk. Opdat aan de verklaringen van getuigen bewijskracht kunne worden toegekend, of, m. a. w., de rechter daaraan gronden voor zijne overtuiging van de waarheid van hetgeen door hen verklaard is mag ontleenen, stelt de wet de volgende eischen:

a. aantal der getuigen. 1°. Ten minste twee getuigen moeten hetzelfde verklaren, in zoover als de verklaring van een enkelen getuige, zonder eenig ander middel van bewijs, in rechte geen geloof verdient. Art. 1942 B. W.

Dit neemt niet weg dat afzonderlijke en op zich zelve staande getuigenissen van onderscheiden personen omtrent verschillende feiten tot bewijs kunnen strekken van wat men een samengesteld feit kan noemen, een zoodanig nl. dat door den samenloop en het verband van verschillende andere feiten gevormd wordt. Art. 1943 B. W.

Wanneer men let op de onzekerheid, waaraan het bewijs door getuigen onderhevig is en op de velerlei invloeden, die de verklaring van getuigen min betrouwbaar maken, dan ligt het voor de hand dat men in de overeenstemming van getuigenissen vooral hare kracht zoekt en derhalve de overeenstemmende verklaring van ten minste twee getuigen verlangt om de waarheid van de feiten waarover die verklaringen loopen aan te nemen. Daarom behoeft nog niet a priori de bewijskracht aan één getuigenis te worden ontzegd. Het gaat niet aan om te zeggen. dat tegenover de bevestiging van dien éénen getuige staat de ontkentenis van de partij tegen wie het bewijs geleverd wordt en dat beide verklaringen elkander alzoo vernietigen. Want de eene is partij, de ander wordt ondersteld, anders toch deugt hij als getuige in het geheel niet,

onpartijdig te zijn. Ook zou men er dan wel toe moeten komen om ook met twee getuigen niet tevreden te zijn. Kan nu niet het getuigenis van één persoon zóó nauwkeurig, zóó onpartijdig, zóó vast en met zooveel vertrouwen zijn uitgesproken, dat het een volkomen overtuiging zelfs bij den meest nauwgezetten onderzoeker vestigt? al blijft het waar, dat daaraan niet dan met de meest mogelijke omzichtigheid volstrekt geloof moet worden gehecht? Ofschoon het dus alles behalve van zelf sprak dat onze wetgever eene bepaling als die van art. 1942 in de wet moest opnemen, is het toch ook niet zoo vreemd dat hij dit deed, als BONNIER het vindt, I, p. 372 n^t 1. Alles wat deze schrijver omtrent het „unus testis, nullus testis" in n°. 292 opmerkt is wel geschikt om het vreemde weg te nemen. De aanhef van die opmerkingen geeft reeds eene voldoende verklaring: „La plus célèbre des exclusions motivées sur ce que le témoignage est reputé insuffisant a priori, c'est celle qui consiste dans l'exclusion d'un témoin unique". Inderdaad, hoezeer het opmerking blijft verdienen, dat de Rom. juristen er niet aan mee deden, zoo loopen hier toch het Corpus juris (l. 9 C. de test. IV, 20, CONSTANTINUS,) de Schrift, het Canonieke recht, de Costumiere praktijk (Voix d'un, voix de nun" bij LOYSEL) en het gezag der schrijvers in de uitsluiting van den enkelen getuige in volkomen eenstemmigheid samen, gelijk BONNIER t. a. p. aantoont. Bij ons was het niet anders. Ik vermeld alleen HUBER, Hed. Regtsg. V, 27 n°. 40, V. D. LINDEN, Handboek blz. 182, Ontwerp v. wetten omtrent het bewijs 1804, art. 76, O. 1820 art. 3352 n°. 1, 3355. Het was zoozeer eene recepta sententia geworden, dat er zelfs over de opneming van het art. in de wet geen woord gezegd wordt. Althans daar is niets van opgeteekend. Ware art. 1945 omtrent de waardeering der getuigenissen niet eerst in 1833 opgenomen, dan had men het zelfs daarbij kunnen laten; want waar den rechter wordt aanbevolen om op de onderlinge overeenkomst der [verklaringen van de] getuigen te letten, daar heeft hij er toch ten minste twee noodig om aan dit voorschrift te kunnen voldoen. Toch staat er in art. 1942 nog iets anders. Want de verklaring van een enkelen getuige wordt niet gezegd volstrekt geen geloof te verdienen maar alleen zonder eenig ander middel van bewijs. Onze Rechter mag zeker de vrijheid niet nemen, die de fr. rechter bij ontstentenis van eene bepaling heeft en neemt, om op de verklaring van een enkelen

getuige het betwiste feit bewezen te verklaren, maar wat zal voor hem de kracht van die verklaring zijn, wanneer er toch een ander middel van bewijs moet wezen? Dit kan te pas komen waar de rechter op vermoedens oordeelt. Hij mag het daaraan ontleende bewijs versterken met de verklaring van dien getuige. Of hij evenwel op grond van zoo eene verklaring den aanvullingseed mag opleggen, vind ik zeer twijfelachtig. Daartoe moet eene vordering, zooals het heet „niet volledig bewezen of niet geheel van bewijs ontbloot zijn". Art. 1978 B. W. Kan de verklaring, die geen geloof verdient, gezegd worden eenig bewijs op te leveren? Want dit moet zij doen en uit zich zelf doen, zal art. 1978 toepasselijk zijn. Mij dunkt een ander bewijs versterken is iets anders dan op grond van eigen bewijskracht tot volledig bewijs aangevuld te worden, en juist dit laatste sluit de bepaling van art. 1942 uit. Als POTHIER dit toelaat, n°. 817, dan heeft hij vooreerst aan de enkele verklaring het karakter van „semi-preuve" toegekend. Vroeger nam men dat in Frankrijk niet aan. Zie DANTY op BOICEAU p. 58. Dan komt de aanvulling beter te pas. En toch hoe beperkt is hij in de toelating van den eed! „Un témoin unique fait une semi-preuve, laquelle étant soutenue du serment, peut quelque fois, dans des matières très légères, compléter la preuve". En daartoe kan hij zich dan beroepen op de Coutume d'Orléans, die zulk bewijs toeliet voor schade van vingt of quarante sous! Ik ga dus in deze twistvraag liever met OPZOOMER, op het artikel, dan met DIEPHUIS III, bl. 21 vv., met wien LAND bl. 423 zich vereenigt, ofschoon ik daarom, en dit blijkt genoegzaam uit het voorafgaande, het niet in allen opzichte met OPZOOMER eens ben. De jurisprudentie is verdeeld doch meerendeels in toelatenden zin. Zie Rechtbank en Hof Arnhem 12 Sept. 1883 en 16 April 1884 W. n°. 5030, Rechtb. Amsterdam 5 Maart 1891 W. n°. 6041.

Het geval in art. 1943 voorzien (verg. ASSER Verg. § 890) kan nauwlijks eene uitzondering op het vorige genoemd worden, vermits de waarborg, welke aan een geheel op zich zelf staand getuigenis ontbreekt, hier in het verband van de getuigenissen over onderscheidene tot één feit samenloopende feiten gevonden wordt. Er is hier inderdaad overeenstemming tusschen de onderscheidene getuigenissen, niet in dien zin dat het eene hetzelfde getuigt als het andere, maar dat het eene de waarheid van het andere steunt, dewijl het eene feit zonder het andere niet zou hebben plaats gehad.

Men placht in zoo'n geval van „singuliere getuigen" te spreken. Zie ASSER t. a. p. en Ontw. 1804, waar evenwel de bewijskracht van zulke singuliere getuigenissen door het „unus testis nullus testis" beheerscht wordt. Zie art. 77—80; het daar gemaakte voorbehoud is sterker dan in het O. 1820, welks art. 3353 vrijwel met ons art. 1943 overeenkomt. De bepalingen stemmen overigens overeen met die van art. 397, vroeger 433, W. v. Strafr.

b. Redenen van wetenschap. Eed.

2°. De getuigenissen moeten loopen over zoodanige feiten welke de getuigen zelve verricht, gehoord, gezien of ondervonden hebben. Zij moeten met redenen van wetenschap bekleed zijn. Bijzondere meeningen of gissingen, bij gevolgtrekking en redeneering opgemaakt, kunnen niet als getuigenissen in aanmerking worden genomen. Art. 1944 B. W.

De getuigenissen moeten onder eede worden afgelegd. Art. 1948 B. W.

Verg. O. 1820 art. 3352 n°. 3 en 4.

Wat het hier door mij vermelde onderwerp der getuigenissen betreft, het is in de wet niet uitdrukkelijk gezegd, maar wordt toch in art. 1949 § 3 ondersteld en het karakter van een getuigenis, de beteekenis van het woord, brengt het mede. Wie redenen van wetenschap moet geven, moet weten. Omtrent datgene wat men van „hooren zeggen" heeft kan men geen ander getuigenis dan van dat „hooren zeggen" afleggen. De omstandigheid dat de bepaling van art. 1944 in het B. W. werd opgenomen, omdat zij ook in Strafv. stond (VOORDUIN p. 512) en dat van art. 434 Strafv. hier juist werd weggelaten de aanhef: „Iedere (afgelegde) getuigenis moet loopen over feiten welke de getuige zelf gehoord, gezien of ondervonden heeft", doet daar niet tegen af. Anders oordeelt adv.-gen. GREGORY in eene conclusie W. n°. 1634. Het beroep dat daarin gedaan wordt op de nog wel duidelijk sprekende geschiedenis der wet is stout, maar oordeelkundig kan ik het niet vinden.

Indien men evenwel uit die bepaling moet afleiden, dat de rechter die getuigenissen van „hooren zeggen" zelfs niet zou mogen aanhooren, acht ik de niet-opneming van het voorschrift in het B. W. eene gelukkige omstandigheid. Want al mag de rechter de waarheid van de feiten op dergelijke verklaring niet aannemen, zij

kunnen en mogen toch wel bij de waardeering van getuigenissen omtrent het feit zelf in aanmerking komen. BONNIER (I, bl. 310) neemt aan dat, vermits de wet ze niet uitsluit, de rechter er naar omstandigheden zijne overtuiging op vestigen mag, ofschoon daarin met de uiterste voorzichtigheid te werk gaande; maar wanneer eene partij tot bewijs van feiten wil toegelaten worden, welker bestaan alleen op „hooren zeggen" kan aangenomen worden, dan is hij toch van oordeel dat de rechter in 't algemeen het verzoek om getuigenverhoor niet-ontvankelijk moet verklaren. Veel geeft dan de vrijheid hier den rechter toegekend ten slotte toch niet. Verg. DIEPHUIS III, bl. 13 en 14.

De mededeeling van bijzondere meeningen of gissingen is evenmin als die van „hooren zeggen" verboden, want de rechter kan ook daaruit licht putten tot waardeering van het getuigenis, maar dat de wet verklaart dat het geen getuigenissen zijn, dat daarop derhalve de rechter de waarheid van het betwiste feit niet mag aannemen, bevestigt hetgeen zoo even over het karakter van het getuigenis werd opgemerkt. Het ontbreken van redenen van wetenschap sluit de geloofwaardigheid uit. Hij die zegt iets te weten omdat hij het gezien of gehoord heeft moet weten te zeggen hoe hij het gezien of gehoord heeft, waar en onder welke omstandigheden. Dit is het eenige middel om na te gaan of hij juist gezien of gehoord heeft.

Voor de toepassing van het bewijs door zg. algemeene bekendheid, (art. 221 B. W.) zullen wel getuigen moeten gehoord worden. De aard van dit bewijsmiddel brengt evenwel mede dat zij niet dan van „hooren zeggen" kunnen verklaren; zij hebben eene meening of zij weten eenvoudig omdat zij het altijd zoo hebben „hooren zeggen", zij weten niet beter dan dat „men het zegt". Zie 1ste stuk bl. 17, 34. Redenen van wetenschap omtrent het feit zelf vallen hier weg en daarom is het karakter van dit bewijsmiddel van dat door getuigen wezenlijk onderscheiden. Daarom wordt ook de z.g. algemeene bekendheid in de beteekenis, niet van hetgeen ieder weet maar hetgeen de menschen zeggen, slechts in een enkel geval als bewijsmiddel toegelaten. art. 221 B. W. De getuigen, die men daarover zou moeten hooren, kunnen niet anders verklaren dan dat men het algemeen zegt, maar reden van wetenschap, welke eigen waarneming onderstelt, kunnen zij niet geven. Verg. arr. H. Raad 22 Januari 1897 W. 6921 en de daarbij be-

hoorende conclusie van den Procureur-Generaal. Dat neemt niet weg dat de bepalingen omtrent de eigenschappen in de getuigen vereischt ook op hen, die van eene algemeene bekendheid getuigen, zullen moeten toegepast worden.

Aflegging onder eede. Want de eed moet worden afgelegd vóór dat het getuigenis afgelegd wordt. De getuigen moeten volgens art. 1948 zweren of beloven dat zij de waarheid zullen zeggen. Dat zal hier ook wel beteekenen, zooals art. 107 B. R. het nader bepaalt: „de geheele waarheid en niets dan de waarheid".

„Zweren of beloven volgens de wijze hunner godsdienstige gezindheid". Het moet dus nog van de leer van het kerkgenootschap afhangen, of een getuige den eed of de belofte zal doen en zal hij tot het eerste verplicht zijn wanneer hij niet behoort tot een kerkgenootschap [gemeente of godsdienstige vereeniging] dat den eed niet toelaat". Dus besluit DIEPHUIS blz. 19 zijn helder en m. i. afdoend betoog ten aanzien van dit veelbesproken vraagstuk. Naar mate de slotsom van dat betoog onafwijsbaarder is, naar diezelfde mate is zij onbevredigend. Het vraagstuk behoort ook al tot die waarover men zich een tijdlang opwindt om daarna te berusten in den onveranderd gebleven toestand. Te onverantwoordelijker is die toestand nu de Grondwet, bij de nieuwe formulieren van de verplichting tot eedsaflegging van de leden der Kamers van de Staten-Generaal, de reeds met de in de Grondw. van 1848 erkende vrijheid van belijdenis strijdige onderscheiding, „naar de wijze zijner godsdienstige gezindheid" opzettelijk heeft weggelaten. Daarmede is het pleit voor den wetgever beslist en zijn plicht aangewezen. Redenen van Staat kunnen nu niet meer gelden en wat eens van de Ministerstafel is gezegd: „doör den eed af te schaffen zou men God bannen uit den Staat", had nooit verondersteld mogen worden in eene vergadering als van de Tweede Kamer indruk te kunnen maken. Doch wanneer men nagaat, dat zelfs uitdrukkelijke bevelen van den Grondwetgever een halve eeuw en langer onuitgevoerd kunnen blijven, dan kan men daaruit afleiden, hoelang indirecte bevelen op uitvoering hebben te wachten. Er is van die verplichting tot eedzweren zóó ergerlijk misbruik gemaakt en de onhoudbaarheid is zóó zeer ad evidentiam bewezen, dat bestendiging daarvan een „voortdurend misdrijf" mag heeten. Te recht herinnert DIEPHUIS bl. 15 n[t] 3 aan de zoo treffende plaats bij

CICERO pro Roscio c. 16. Maar ik vraag, als het bewustzijn eener christelijke natie het: „zweert ganschelijk niet" niet als een verbod beschouwt, dan moet zij toch wel eindelijk tot het bewustzijn zijn gekomen, dat het valschelijk eedzweren en het afleggen van valsche verklaringen even strafbaar is.

Noch de wijzigingen in de Strafvordering noch de vaststelling van het Strafwetboek boden, zoo meende men, eene geschikte gelegenheid aan om het vraagstuk uit te maken. Dat behoorde niet incidenteel maar principieel te geschieden!

Maar als dan het gevolg is dat in het geheel niet geschiedt wat behoort?! De eenige uitweg wordt dan ook hier dat een onredelijk bevel ten slotte de regelen van uitlegging doet verkrachten en dat de gewijzigde bepalingen der Grondwet den rechter grond kunnen geven om het voorschrift omtrent de „godsdienstige gezindheid", naar die gezindheid, waarvan de Grondwetgever in 1887 blijk gaf, te duiden. Zie bl. 86 van het eerste stuk.

c. Bevoegdheid en bekwaamheid. Wraking.

3°. De getuigen moeten bevoegd zijn om getuigenis af te leggen. Zij moeten alzoo noch onbevoegd noch onbekwaam verklaard zijn door de wet, noch op door de wet aangegeven gronden gewraakt zijn geworden.

a. Onbevoegd om getuigenis af te leggen zijn de bloed- en aanverwanten van eene der partijen in de rechte lijn en de echtgenoot ook na echtscheiding. Deze mogen alzoo niet worden gehoord. Art. 1947 B. W.

b. Onbekwaam om getuigen te zijn, zijn:

1°. zij die den ouderdom van vijftien jaren niet hebben bereikt:

2°. zij die wegens krankzinnigheid onder curateele gesteld zijn.

Deze kunnen alzoo niet als getuigen worden toegelaten.

Toch staat het den rechter vrij die jeugdige personen en ook de onder curateele gestelden, die bij tusschenpoozen in het genot van hunne verstandelijke vermogens zijnde dit op dat tijdstip zijn, zonder eedsaflegging te hooren, doch hunne verklaringen zullen slechts tot toelichting kunnen dienen. De rechter mag alzoo geen geloof slaan aan hetgeen die personen verklaren te hebben gehoord, gezien, bijgewoond en ondervonden, al hadden zij hunne verklaringen met redenen van wetenschap omkleed. Maar hij zal

hunne verklaringen alleen mogen doen strekken tot bevestiging van eene overtuiging, die door de gronden uit wettelijke bewijsmiddelen geput wellicht niet voldoende gevestigd werd. Art. 1949 B. W.

c. De redenen van wraking zijn de zoodanige welke, door een der partijen voorgesteld, de uitsluiting van den getuige door den rechter ten gevolge hebben.

Zij zijn de volgende:

1°. betrekking van verwantschap met eene der partijen tot den vierden graad ingesloten;

2°. betrekking van aanverwantschap van den echtgenoot van eene der partijen in de rechte lijn onbeperkt en in de zijlijn tot in den vierden graad;

3°. de betrekking van dienstbaarheid als dienstbode of bediende van eene der partijen; het zijn van vermoedelijk erfgenaam, of begiftigde van eene der partijen of het hebben van een dadelijk of zijdelingsch, (middellijk of onmiddellijk) belang bij het geding;

4°. veroordeeling ter zake van meineed of van een der misdrijven, waarop in geval van herhaling art. 421 Swb. van toepassing is. Art. 1950 B. W.

Gelijk de onbevoegdheid van verwanten niet geldt voor gedingen betrekkelijk tot den burgerlijken staat der partijen, zoo kunnen in die gedingen noch verwanten noch dienstboden of bedienden als zoodanig gewraakt worden. Art. 1951 B. W.

De redenen waarom iemand van het geven van getuigenis wordt uitgesloten zijn alzoo redenen van onbevoegdheid, onbekwaamheid en wraking.

De redenen van onbevoegdheid en van onbekwaamheid brengen van zelve uitsluiting mede. Wraking werkt alleen door den wil van eene der partijen. Die onbevoegd zijn mogen in het geheel niet gehoord worden; de onbekwamen mogen wel niet als getuigen worden toegelaten, maar zij mogen dan toch zonder aflegging van eed of belofte gehoord worden; zij tegen wie redenen van wraking bestaan worden gehoord indien de tegenpartij hunne wraking niet voorstelt of deze door den rechter, als niet in de wet gegrond, verworpen wordt.

De wetgever noemt (a. 1947) onbekwaam, die ik onbevoegd noem, en zegt van hen dien ik onbekwaam noem, dat zij niet als getuigen kunnen worden toegelaten (art. 1949). Of

hiermede, in verband met den aanhef van art. 1946, ook onbekwaamheid is bedoeld? of is die aanduiding weggelaten omdat zij dan toch wel gehoord worden? Zeker is het dat zij die gewraakt kunnen worden niet gezegd worden onbekwaam te zijn en het ook werkelijk niet zijn en toch ook niet, althans niet allen, verplicht zijn getuigenis af te leggen (art. 1946). Dit art. 1946 ware daarom beter dus gesteld: „Ieder is verplicht getuigenis in rechte af te leggen die daarvan niet door de wet is uitgesloten of ontheven. De wetgever had dan ook in de volgende artikelen niet van onbekwaamheid of onbevoegdheid behoeven te spreken, maar deed hij dit, dan waren die van 1947 beter onbevoegd, die van 1949 onbekwaam geheeten, indien althans Prof. VAN ASSEN (Themis 1857 bl. 178) gelijk heeft, wanneer hij opmerkt dat onbekwaam „hen aanduidt die in hun persoon de vereischten missen om bijv. handelingen te verrichten" terwijl „onbevoegd is, die wel bekwaam is, maar wegens bijzondere redenen zekere handelingen niet verrichten mag". M. a. w. zou men kunnen zeggen: onbevoegd zijn allen die niet mogen maar in het bijzonder zijn onbekwaam die onbevoegden welke niet mogen omdat zij geacht worden niet te kunnen.

Onbevoegden van art. 1947. De bepaling is ontleend aan art. 268 C. de pr. De nauwe betrekking maakt niet alleen de onpartijdigheid verdacht maar verbiedt om deze personen bloot te stellen aan de verzoeking tot het afleggen van partijdig en daardoor onwaar getuigenis. Wat van allen geldt, geldt vooral van den echtgenoot en van den gescheiden echtgenoot: „apud concordes excitamenta caritatis, apud iratos irritamenta odiorum". Bloed- en aanverwanten kan in verband met art. 268 C. de pr. „parents ou alliés" niet anders dan op de betrekking van bloedverwantschap en die van zwagerschap slaan. Voor de laatste gebruikt de wetgever elders de uitdrukking aangehuwden. De wetgever heeft daar synonimiteit van „bloedverwanten" en „aanverwanten" verwaarloosd, waaraan nu de taal zich te onderwerpen heeft volgens het Woordenb. der Ned. taal op het woord: „aanverwant". Ik volgde daarom het voorbeeld van het Ontwerp I Boek B. W. van de Staatscommissie van 1880, die verwanten en verwantschap als geslachtsnaam aanneemt en daarbij bloed- en aanverwanten en bloed- en aanverwantschap als soor-

ten onderscheidt. Zie tit. X en de toel. Bij de aanverwanten worde art. 352 B. W. niet uit het oog verloren. — Zelfs na eene plaats gehad hebbende echtscheiding zegt de wet. Ook na eene plaats gehad hebbende ontbinding na scheiding van tafel en bed? De reden van de bepaling vordert dit, maar het zou strijden met den wil des wetgevers, die in die ontbinding volstrekt geen echtscheiding wilde zien, de bepaling om de reden, die haar deed neerschrijven, buiten den uitgedrukten wil des wetgevers uit te breiden. Anders oordeelt DIEPHUIS III bl. 72, wiens oordeel rationeeler is dan de wil des wetgevers, maar daarom allerminst tegenover eene bepaling door hem zelven van openbare orde geacht (zie bl. 73) te volgen. Zie echter ook LAND t. a. p. bl. 429 nt 4.

Art. 1951 heft de onbevoegdheid der verwanten op in „twistgedingen betrekkelijk den burgerlijken staat der partijen", waarmede de wetgever op de gedingen ontstaande uit betwisting of of inroeping van staat het oog heeft gehad. Men zou daarbij anders van getuigen geheel verstoken kunnen zijn, ASSER § 894, en daarom is die bepaling dan ook van toepassing waar verwantschap een reden van wraking zou opleveren. Art. 1951 wordt in art. 827 B. R. ook toepasselijk gemaakt op gedingen tot scheiding van t. en b. om bepaalde oorzaak en op die tot echtscheiding, doch dan kunnen ouders en kinderen van de echtgenooten (dus alleen die bloedverwanten in de rechte lijn) zich van het geven van getuigenis verschoonen. Aan de bloedverwanten en den echtgenoot, die in art. 1951 in gedingen betreffende den staat bekwaam worden verklaard, had de bevoegdheid om zich van het afleggen van getuigenis te verschoonen moeten worden toegekend. Want nu zij bekwaam zijn, bestaat er evenmin reden om hun de verplichting op te leggen, als dit plaats heeft met de verwanten in art. 1946 n°. 1 en 2 genoemd. Doch zonder uitdrukkelijke bepaling kan de ontheffing der verplichting niet worden aangenomen en, wijl artikel 1951 er van zwijgt, vallen de bekwaam verklaarde onbekwamen van art. 1947 nu onder de bepaling van het eerste lid van art. 1946. — In het bij wet van 31 December 1896 n°. 244 herziene art. 384 K. worden de artt. 1947 en 1950 buiten toepassing gesteld ten aanzien van de getuigen tot bewijs van de daar bedoelde ongevallen op zee. (Want voor de binnenvaart geldt art. 384 niet. Zie art. 733 K.) Wordt daardoor de onbekwaamheid (lees: onbevoegdheid) van de in art. 1947 vermelde

personen opgeheven, zoo zullen zij zich echter, volgens hetzelfde herziene art. 384, van het afleggen van getuigenis kunnen verschoonen. Voor dit geval voorzag de wetgever alzoo in eene lacune welke hij in 't B. W. liet voortbestaan. Bij partieele herzieningen van dien aard moet men al met weinig tevreden zijn.

Onbekwaam naar art. 1949. De reden dezer onbekwaamheid ligt niet zoo zeer in een bij de hier vermelde personen ondersteld gebrek aan behoorlijke waarneming, want zij zijn niet uitgesloten als getuigen omtrent feiten, die zij vroeger waarnamen, op later leeftijd of na opheffing der curateele gehoord te worden, maar veeleer daarin, dat zij het gewicht hunner verklaringen met het oog op de daaraan verbonden gevolgen niet in staat zijn te beseffen. Vandaar dat zij wel als getuigen uitgesloten zijn, zoodat de verklaringen van deze personen geen middel van bewijs kunnen uitmaken; zij kunnen alleen tot toelichting worden gehoord. Wat dit beteekent verklaart de wetgever nader in het laatste lid, maar hij heeft die bepaling min oordeelkundig uit het Wetb. v. Strafv. nageschreven. In burgerlijke zaken heeft de rechter geen daadzaken op te sporen maar alleen naar het bewijs van de door partijen aangevoerde daadzaken onderzoek te doen. Let men op de strekking der bepaling, waaruit volgt dat de verklaringen van deze personen geen bewijsmiddel zijn en daaraan dus op zich zelf geen gronden van bewijs mogen ontleend worden, maar dat altijd het bewijs door gewone, d. i. door de wet als zoodanig erkende, middelen, moet worden geleverd, dan zullen die verklaringen mogen medewerken tot vestiging van 's rechters overtuiging, die door de gewone en naar de wet uit zich zelven afdoende middelen niet volkomen gevestigd was. Zij komen dan te pas bij het waardeeren der getuigenissen naar art. 1945.

Ad 1um. De wetgever liet zich noch door het Wetb. N. v. H. art. 1268, dat 18 jaren aannam, noch door het Ontw. 1820 (art. 3357 en 3358) dat kinderen beneden 12 jaren volstrekt onbevoegd, alle personen boven de 12 doch beneden 16 min bevoegd verklaarde, bewegen om van den C. de Pr., art. 285, af te wijken, Dat hij zich, door het verband, dat in den Code Pénal artt. 66, 67 (verg. W. v. Strafr. art. 39) tusschen den leeftijd van 16 jaren en het handelen met oordeel des onderscheids bestond, liet verleiden om voor de bekwaamheid tot het afleggen van getuigenis in strafzaken den 16-jarigen leeftijd te vorderen (art. 190

n°. 1, thans 164 n°. 1 Strafv., doch die jongeren dan 16 jaar heeten thans geen kinderen meer), was niet te rechtvaardigen en heeft een misstand in de wetgeving doen ontstaan, die reeds in 1838 had behooren te worden weggenomen, doch die ook mèt de invoering van het nieuwe Wetb. van Strafrecht en de zoo ruime herziening van het Wetb. v. Strafv. is blijven voortduren. Dat men in den leeftijd voor de getuigen onderscheid maakt tusschen burgerlijke en strafzaken, daarvoor kunnen aannemelijke gronden bestaan (verg. het Ontwerp van 1804 art. 10 n°. 2 en 3) maar het verschil van één jaar is nog dwazer dan de reden die in de strafvordering tot de afwijking van art. 79 C. d'I. C. leidde.

Ad 2um. Dat een wetgever, die, zooals de onze, gebiedend voorschrijft dat een meerderjarige die zich in een voortdurenden toestand van krankzinnigheid bevindt onder curateele gesteld moet worden (art. 487' B. W.) en door verdere bepalingen (art. 488, 490) zorgt dat aan dit gebod gevolg kan worden gegeven, eigenlijk alleen de wegens krankzinnigheid onder curateele gestelden als krankzinnig aanmerkt, is niet vreemd. Evenmin dat daarmede gelijk gesteld werden zij, wier plaatsing in een gesticht door den rechter hangende het geding, bij voorraad is bevolen. Zie art. 509 § 2 B. W. Intusschen komt het toch aan op den toestand van krankzinnigheid, waarvan de beoordeeling even goed aan den rechter kon zijn overgelaten als het nu aan hem staat om het bestaan van heldere oogenblikken aan te nemen, in welke het hem vrijstaat den onder curateele gestelde te hooren. Nu evenwel bij art. 43 der wet van 1884 n°. 96 art. 509 B. W. is ingetrokken en alzoo het in art. 1949 § 1 aan het slot bedoelde geval van „in verzekerde bewaringstelling bij voorraad" niet meer kan voorkomen, had ook deze bepaling bij die wet van 1884 als zoo menig andere van het B. W. wel gewijzigd mogen worden in dien zin dat behalve de onder curateele gestelden zij die ter zake van krankzinnigheid in een gesticht zijn geplaatst, worden uitgesloten.

Zij die wegens zwakheid van vermogens hunne onder curateelestelling zelf hebben gevraagd zijn niet uitgesloten en kunnen dus onder eede worden gehoord.

Redenen van wraking. Dat er omstandigheden kunnen zijn, waarin de waarheidsliefde ook van een in het algemeen waarheidlievend persoon op te zwaren proef wordt gesteld, of dat althans

het aannemen van de waarheid van zijn getuigenis bij hen die een daarmede strijdig belang hebben een te rechtmatigen grond van achterdocht moet opwekken, dan dat het oorbaar zou zijn hen als getuigen toe te laten, buiten die gevallen althans waarin ook hun getuigenis niet gemist zou kunnen worden, laat zich hooren. En dat de wetgever dergelijke omstandigheden vindt in betrekking van huwelijk of nauwe verwantschap en dan op dien grond zekere personen niet als getuigen gehoord wil hebben, gelijk wij hierboven zagen, is uitnemend te rechtvaardigen. Terwijl voorts de gedingvoerende partijen de meest mogelijke vrijheid moeten hebben om de geloofwaardigheid van de getuigen, wier verklaringen een zoo afdoenden invloed kunnen hebben op de beslissing over hunne rechten, niet slechts in twijfel te trekken maar zelfs met nadruk te bestrijden, is het niet meer dan billijk, dat getuigen die zich in een of andere betrekking tot de partijen bevinden, waardoor in het algemeen hunne betrouwbaarheid in verdenking wordt gebracht, of hun de verklaring der waarheid bezwaarlijk doet vallen, van de verplichting om getuigenis af te leggen worden ontheven. Wij zullen deze overweging bij de redenen van verschooning in toepassing zien komen.

Maar dat aan partijen de bevoegdheid gegeven wordt om getuigen, wier geloofwaardigheid in het algemeen kan aangenomen worden, als onbetrouwbaar te doen uitsluiten, zonder dat zij deze krenking in hun wèl begrepen eergevoel kunnen voorkomen door zich te verschoonen, gelijk dit uit de drie eerste in art. 1950 vermelde reden van wraking j°. art. 1946 n°. 1 en 2 (zie den tekst bl. 35 n°. 1, 2, en 3) voortvloeit, is m. i. niet te rechtvaardigen.

Waarom moet een rechter, die weet dat er een reden van wraking tegen hem bestaat, het collegie waartoe hij behoort in de gelegenheid stellen om te beslissen of hij zich onthouden moet, of zich op dien grond verschoonen? Is het voor een getuige van minder belang eene wraking te voorkomen dan voor een rechter? Dat, wanneer een rechter zich niet onthoudt, de gelegenheid tot wraking voor de partijen moet openblijven is eenvoudig daarvan het gevolg, dat er anders tegen een onbetrouwbaren rechter niets te doen, ja zelfs niets te zeggen ware. Maar bestaat er in eenig geval noodzakelijkheid voor de wraking van een getuige, nu al de bezwaren tegen zijn geloofwaardigheid vrijelijk aan den rechter kunnen worden medegedeeld, en deze, in de beoordeeling daarvan

vrij en onafhankelijk, het best in staat is om alle omstandigheden van het bijzonder geval in aanmerking genomen, daaromtrent te beslissen? Kan de wraking die van eene partij uitgaat niet even goed bestuurd worden door vrees voor de waarheidsliefde van een getuige als door verdenking van zijne betrouwbaarheid, welk laatste de wetgever vooronderstelt? Zal de grond waarop de wetgever de wraking om bepaalde redenen toelaat niet even goed een schijngrond kunnen zijn; de ontdekking van de waarheid door die wraking niet belet kunnen worden, zonder dat er een absolute grond voor de onbetrouwbaarheid des getuige bestaat, en een getuige die zijne verplichting om in rechte te verschijnen moet nakomen, daardoor niet onnoodig aan eene absolute verdenking zijner waarheidsliefde zijn blootgesteld? eene verdenking, die hij zich moet laten welgevallen, omdat een der gedingvoerende partijen dat goedvindt en het wapen daartoe aan de wet ontleent? Ja zelfs acht ik in het geheel niet gerechtvaardigd de bevoegdheid aan eene gedingvoerende partij toegekend om, zooals uit art. 1950 n°. 4 voortvloeit, een getuige alleen op grond van veroordeeling wegens zekere misdrijven te wraken. Wil men zoodanige veroordeeling tot een reden van wraking maken, dan had deze laatste afhankelijk moeten gesteld worden van eene door den strafrechter aan die veroordeeling verbonden ontzetting van de bevoegdheid om in rechte getuigenis der waarheid af te leggen. Daartoe had 's rechters bevoegdheid om ook deze bijkomende straf uit te spreken in art. 28 van het Wetb. v. Strafrecht moeten zijn opgenomen. Zie daarover mijne opstellen in het Tijdschrift voor Strafrecht Dl. III, bl. 279 en 415 en de bedenkingen daartegen ingebracht door Mr. A. A. de Pinto en Mr. Simons in W. n°. 5693 en 5740, Paleis van Justitie 1889 n°. 85. Wil men die beperking niet, dan is de wraking ook in dit geval een exorbitant recht aan de gedingvoerende partij toegekend. Veel verkieslijker komt het mij dan voor om de vraag omtrent de meerdere of mindere geloofwaardigheid, als gevolg van of in verband met eene veroordeeling tot straf, aan de waardeering van partijen en ten slotte aan den rechter over te laten. Ik zou derhalve die geheele instelling van de wraking der getuigen willen zien vervallen. Zie ook Mr. A. A. de Pinto, Handelingen der Juristen-Vereeniging 1879 bl. 62 vv. Der getuigen geloofwaardigheid blijve, ook in de gevallen die thans redenen van wraking opleveren, aan het debat der partijen en ten slotte aan het

oordeel des rechters overgelaten; maken de partijen er geen melding van, dan heeft de rechter er evenmin als thans op te letten al mochten zij hem van elders bekend zijn. De wraking berust op eene verouderde traditie; „elle n'a plus aucune raison d'être du moment, que le juge pèse les témoignages au lieu de les compter", zegt volkomen juist GLASSON, les sources de la procédure civile française p. 95. En waartoe dan de deur openzetten voor wat tot niet anders dan tot verwikkeling van het proces aanleiding kan geven? Het behoud van eene ondeugdelijke instelling rechtvaardigt dit allerminst! In het fr. ontwerp tot herziening van den Code de pr. van 1866 was de wraking vervallen. Art. 231 en de toel. p. m. 50. Evenzoo in het Ontw. tot gedeeltelijke herziening van 1886 en de toel. op tit. X. Doch de wet neemt redenen van wraking aan en vindt die in betrekking van verwantschap, waarin de getuige tot de partij zelve of haar echtgenoot staat (n^{0}. 1 en 2 van art. 1950), welke betrekkingen dan vooringenomenheid met die partij of ook het tegendeel, doen onderstellen. Dan in betrekkingen, waarin verplichtingen, die de getuige jegens een der partijen heeft, als begiftigde, of afhankelijkheid als dienstbode of bediende waarin de getuige van een der partijen geplaatst is, de onbevangenheid van oordeel of den moed om de waarheid te zeggen drukken. Voorts het belang dat de getuige kan hebben bij de beslissing, al zij dit geen rechtstreeksch maar slechts een zijdelingsch belang, hetwelk bij iemand die vermoedelijk de erfgenaam of de begiftigde ter zake des huwelijks van een der partijen is, kan bestaan, terwijl de erfgenaam, ook afgezien daarvan, belang kan hebben zijn vermoedelijken erflater niet te ontstemmen n°. 3. In n°. 4. eindelijk vindt de wetgever een voor wraking voldoende reden in de verdachtheid van iemands waarheidsliefde, die hij afleidt uit eene veroordeeling wegens bepaalde misdrijven. De burgerlijke rechter moet onbetrouwbaarheid van zulk een veroordeelde aannemen als daarop door eene partij beroep wordt gedaan. De strafrechter die alleen zou kunnen beoordeelen, of de onbetrouwbaarheid, op grond van het gepleegde delict en de omstandigheden waaronder dit gepleegd werd, moet worden aangenomen, mag zich er niet over uitlaten.

Ad 1um. Zie blz. 35. De verwanten in de rechte lijn zijn door art. 1947 uitgesloten, verwanten in de zijlijn tot in den tweeden graad kunnen zich volgens art. 1946 1°. verschoonen. Doen zij dit niet, dan kunnen zij gewraakt worden, terwijl de verwanten

in de zijlijn in den derden en in den vierden graad aan wraking bloot staan zonder dat zij zich mogen verschoonen.

Ad 2um. Hier moeten bedoeld zijn zij die aan den echtgenoot van een der partijen door zwagerschap zijn verbonden, want zij die aan de partij zelve door zwagerschap verbonden zijn, worden wat de zijlinie tot in den vierden graad ingesloten betreft, reeds in n^0. 1 wraakbaar verklaard. De wetgever drukt het hier duidelijker uit dan in art. 1946 n^0. 2 „die den echtgenoot bestaan".

Ad 3um. Dienstboden of bedienden. Serviteurs et domestiques zeide art. 283 C. de pr. en daar hadden deze uitdrukkingen reeds eene andere beteekenis dan onder de ord. van 1667, welker commentatoren onder domestiques, in tegenstelling van serviteurs, huisgenooten verstonden die geen dienst verrichten. Jousse op art. 14 van tit. XXII. In ieder geval is het nu bij ons door bedienden vertaald. En dit reeds in het Wetb. van 1830 hetwelk in art. 1958, 3^0. in den holl. en fr. tekst deze zelfde uitdrukkingen overnam. Art. 11 van 't O. 1804 sprak n^0. 4 van gebroodde bedienden en deze uitdrukking kwam ook in het O. 1820, in art. 3359 n^0. 1 voor. Mij dunkt dat de laatste uitdrukking beperkter is, zoodat daaronder alleen die bedienden te verstaan zijn die voor hunne diensten ook belooning vinden in de kost, die het brood hunner meesters eten en daardoor in meerdere of mindere mate, want huisvesting behoeft er niet onder begrepen te zijn, tot het huisgezin behooren. Die gebroodde bedienden zijn ook onder de dienstboden of bedienden begrepen maar deze laatste omvatten ook de zoodanige die op het kantoor, in den winkel of de werkplaats in de zaken van den patroon werkzaam zijn. Vooral in handelszaken is deze reden van wraking onhoudbaar te achten. Zie Handelingen Juristen-Vereeniging 1876, II bl. 110. Op die onhoudbaarheid heeft de wetgever echter alleen gelet bij het bewijs van de eenzelvigheid van het goed, en het getal de maat of het gewicht van het goed in het geval van art. 492 K. De ontvanger wordt daar bevoegd verklaard om het bewijs te leveren zelfs door het getuigenis van de personen welke hij tot afhaling en opslag in het werk heeft gesteld, waardoor de wraking wordt uitgesloten. De ruimere beteekenis van bedienden wordt door deze bepaling bevestigd. In het aan dat van art. 492 analoog geval van art. 93 K. blijft evenwel art. 1950 n^0. 3 zijne kracht behouden. Het bij de wet

van 1896 n°. 244 herziene artikel 384 sluit weder in een bijzonder geval de toepassing van art. 1950 uit. Naar de opvatting van het maatschappelijk verkeer zijn onder dienstboden niet begrepen zij die enkele diensten voor loon bewijzen als huisonderwijzers en evenmin inwonende gouverneurs en gouvernantes. De zg. „bonnes" mogen niet in alles met dienstboden in den meer bepaalden zin van het woord gelijk gesteld worden, zij worden toch onder de dienstboden begrepen. Geen wraking wordt toegelaten ten aanzien van hen die dienstboden of bedienden van een der partijen mochten geweest zijn. Ook hier zal de reden van wraking alzoo vervallen door een ontslag uit den dienst vóór den dag waarop de getuige gehoord zal worden, waarover DIEPHUIS bl. 78 en 79 tegen VAN BELL.

Indien de wetgever ook niet de dienstboden en bedienden onder hetzelfde n°. had gebracht met den vermoedelijken erfgenaam en begiftigde en hen die een rechtstreeksch of zijdelingsch belang hebben, dan zou er grond bestaan om den erfgenaam en begiftigde als voorbeelden van belanghebbenden te beschouwen en aan te nemen dat de wetgever, evenals de fransche met zijn „héritier présomtif", alleen den erfgenaam bij versterf had bedoeld. In het oog der wet kan ook de erfgenaam bij versterf eigenlijk alleen als vermoedelijk erfgenaam zullende zijn beschouwd worden, dewijl zijne verwachting hem niet dan door een testament kan worden ontnomen. Hij kan daarom ook als belanghebbende bij het vermogen van den toekomstigen erflater aangemerkt worden, als hoedanig een testamentair erfgenaam zich nauwlijks zou vermeten te gedragen. Dan zou de begiftigde ook beperkt moeten zijn tot de begiftigde ter zake des huwelijks, die onherroepelijk tot de nalatenschap geroepen met nog meer recht zich als belanghebbende bij des schenkers vermogen zoude beschouwen. Dus GARSONNET II, § 329, ofschoon hij twijfelt in n^{t} 32. Maar nu daar ook de dienstboden en bedienden genoemd worden en daardoor de gedachte aan een zekere mate van afhankelijkheid uitgedrukt wordt, nu kan die algemeene uitdrukking van begiftigde ook op dengene slaan die eene schenking onder de levenden heeft ontvangen en in verband daarmede den schenker naar de oogen heeft te zien en dan moet men ook wel aannemen dat de wetgever aan de afhankelijkheid van den vermoedelijk door de wet geroepen erfgenaam heeft gedacht, daarin bestaande, dat hij onterfd kan worden. Zoo kan hij ook den in een testament benoemden erfgenaam bedoeld heb-

ben, die van de voortduring dier hoedanigheid niet zeker is, al is het zoo geen gewoonte dat aan dergelijke instelling bij testament ruchtbaarheid gegeven wordt en dus eigenlijk deze grond van wraking alleen zal gebruikt kunnen worden door dengene die het testament maakte, terwijl de wetgever wel in de eerste plaats aan de tegenpartij moet gedacht hebben. Hoe dit zij, zooals de wet ligt, bestaat er geen afdoende reden om de algemeen luidende woorden van „erfgenaam" en begiftigde" te beperken. De toepassing van de wraking op een testamentairen erfgenaam zal uit den aard der zaak zelden kunnen plaats hebben. Verg. DIEPHUIS III, blz. 81.

Het is duidelijk dat hier niet aan den vermoedelijken erfgenaam van B. I. tit. 19 B. W. is te denken, maar aan hem die vermoedelijk erfgenaam worden zal.

Hoe de fr. wetgever aan dien héritier présomtif ou donataire is gekomen, is mij niet gebleken. De commentatoren der ordonnantie noemen hen niet en bij de beraadslagingen over den Code viel er niets over voor.

Ten aanzien van hen die vermoedelijk bij versterf erfgenaam zullen zijn, moet de wetgever wel een verderen graad van bloedverwantschap onderstellen als in n°. 1 is aangewezen.

Wat hier over dien vermoedelijken erfgenaam gezegd wordt kan ook bij de toepassing van art. 30 n°. 8 B. R. te pas komen en alzoo tot aanvulling strekken van hetgeen ik, Dl. III, bl. 233, op n°. 8 aanteekende.

Dadelijk (liever rechtstreeksch) of zijdelingsch belang. Verg. hierover hetgeen ik aanteekende op art. 30 in Dl. III, bl. 231 ad n°. 1 en de bepalingen van n°. 6, 8 en 9 van dat artikel.

Het schijnt wel dat het ontbreken van deze reden in art. 283 C. de pr. eene voorname aanleiding is geweest tot uitbreiding der daar wèl genoemde redenen. En ofschoon, eens de instelling der wraking aangenomen, deze reden zeker niet mocht ontbreken, kan zij tot een zeer ruime toepassing van het middel aanleiding geven. Hoewel nu de bepaling zelve buiten de daarin aangegeven redenen van wraking niet mag uitgebreid worden, is daarmede niet gezegd, dat de woorden waarin iedere reden is uitgedrukt in hunne meest enge beteekenis moeten worden opgevat. Wij zagen dit reeds ten opzichte van erfgenamen en begiftigden, en wanneer wij bij deze redenen van wraking letten op de betrekking van dienstboden en bedienden, die de wet daartoe afdoende acht, en op de uit-

breiding die hij aan de betrekking van aanverwantschap geeft met name in art. 1950 n°. 2, dan zie ik niet in, waarom ook hier niet een zedelijk belang even goed als een stoffelijk belang in aanmerking zou mogen komen, al liggen in het algemeen de behartiging van stoffelijke belangen meer op den weg van den burgerlijken wetgever. Verg. DIEPHUIS III, bl. 82 en v. BELL daar aangehaald.

Ad 4um. Zooals n°. 4 van art. 1950 in 1838 gesteld werd, kon het na de invoering van het Wetb. v. Strafrecht niet blijven. Geen straf, wegens welk misdrijf ook uitgesproken, is in zich zelve onteerend en de vier dus genoemde wanbedrijven zouden nu niet de eenige zijn die afzonderlijk moesten worden opgenoemd. Het was zeker van belang eene lange lijst van misdrijven te vermijden en gebruik te maken van eene bepaling, waar al die misdrijven aan een gemeenschappelijken regel werden onderworpen om door eenvoudige verwijzing naar die bepaling ze allen saam te vatten. Daartoe leende zich art. 421 uitstekend, want alle daar vermelde artikelen hebben betrekking op misdrijven, welker bedrijvers allereerst aan wantrouwen met opzicht tot hunne eerlijkheid en waarheidsliefde blootstaan. De meineed was ook eene geschikte inleiding tot de overige niet met name genoemde. Maar, of eene redactie, als nu kortheidshalve gekozen werd, de duidelijkheid van de bepaling bevordert, is eene andere vraag. Verwijzing naar andere bepalingen is, dunkt mij, zooveel mogelijk te vermijden; moet dientengevolge de lezer der wet eene menigte bepalingen van een ander wetboek gaan napluizen, dan wordt daardoor het recht verstand der wet niet bevorderd, en, wat nu juist de verhooging van straf met een derde, bij herhaling, met de wraking te maken heeft, is een vraag die de lezer der wet natuurlijk doet, maar hem in een verkeerden gedachtengang zou brengen, indien het nader onderzoek hem niet onmiddellijk deed zien, dat die verhooging van straf bij herhaling met de wraking of den daarvoor uit de veroordeeling ontleenden grond niets heeft uit te staan.

Geen andere redenen van wraking dan de in art. 1950 genoemde kunnen worden aangevoerd. Wanneer de wetgever voor de wraking het stelsel huldigt, dat deze niet in algemeene bewoordingen mag plaats hebben maar dat altijd bepaalde redenen moeten worden aangevoerd, welke dan door den rechter te beoordeelen zijn, — een stelsel dat de Ord. van 1667 huldigde, — dan is het aantal

redenen van wraking a priori niet aan te geven. Maar juist om die uitbreiding, welke ten slotte een ieder aan wraking blootstelde en daarmede het stelsel veroordeelde, wilde de wetgever van den C. de pr. zelf de redenen vaststellen, gelijk hij deed in art. 283. Ten onrechte meende dan ook TOULLIER, IX 271 vv., daarin slechts voorbeelden te zien en nam hij eene onderscheiding van algemeene en bijzondere redenen van wraking aan, welke geheel buiten de wet ligt. Toch is de fransche jurisprudentie zeer verdeeld op het punt van al of niet uitbreiding der bij de wet gestelde redenen. Verdeeld zijn ook de schrijvers doch de gronden door GARSONNET § 329 tegen de uitbreiding kort saamgevat zijn m. i. afdoende. BONCENNE IV p. 403, die vóór hem de leer van TOULLIER en anderen, waaronder CARRÉ en CHAUVEAU op art. 283, uitvoerig en grondig bestreed, wees er nog op, dat bij de bewerking van den C. de pr. sommige gerechtshoven de beperking veroordeelden en de bepaling enuntiatief gesteld wilden hebben, waaraan niet werd voldaan. Zie ook BONNIER I n°. 281. Ons art. 1950 is op gelijke wijze als art. 283 geredigeerd en sluit dus ook de daarin wèl, bij ons opzettelijk niet opgenomen reden, als het geven van „certificats sur les faits relatifs au procès", welke volgens de Regeering niet kon opwegen tegen den door den getuige afgelegden eed (VOORDUIN V bl. 519), volstrekt uit. Nu mag men over de door de Regeering voor de niet opneming van dien grond van wraking opgegeven reden denken zooals men wil, de daarover gevoerde gedachtenwisseling doet duidelijk uitkomen dat aan den beperkenden zin van het artikel niet werd getwijfeld. Toch komen ook in onze jurisprudentie uitspraken in. anderen zin voor, zooals vonnis rechtb. Maastricht 23 Oct. 1848 W. n°. 852. Zie nog voor de beperkende uitlegging Opmerk. en Meded. III bl. 141.

Zal de wraking alleen kunnen worden voorgesteld door de tegenpartij van de partij tot welke de getuige in een der aangewezen betrekkingen staat? De wetgever zegt eenvoudig, dat zij kunnen gewraakt worden; die wraking moet uit haren aard van een der partijen uitgaan en dit zal wel de tegenpartij zijn van degene der partijen welke den getuige deed oproepen. Deze doet dit natuurlijk omdat zij meent van den getuige eene verklaring in haar voordeel ot in het nadeel van de andere te vernemen en dan zal voor deze laatste belang bij de wraking ontstaan. En inderdaad, al denkt men in de

eerste plaats dat de betrekking, die als reden van wraking wordt aangewezen, eene verklaring in het voordeel van de partij met welke de getuige in betrekking bestaat, hebben zal, het tegendeel kan ook voorkomen, als die betrekking niet tot genegenheid maar tot afkeer of vijandschap heeft geleid. Vriendschap of vijandschap zijn anders op zich zelve in onze wet geen redenen van wraking, niettegenstaande het O. 1804 daarop wees, althans op de laatste in art. 11 nº. 3, en O. 1820 art. 3359 nº. 1. Evenmin nam onze wetgever uit den Code over het „avoir bu ou mangé avec la partie et à ses frais depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête", in welke reden van wraking de herinnering aan het: „qui mieux abreuve mieux preuve" schijnt voort te leven.

De redenen van wraking, die in verwantschap haren grond vinden, hetzij deze bestaat in verwantschap van den getuige tot een der partijen, hetzij in aanverwantschap tot den echtgenoot van een der partijen, en voorts die op de betrekking van dienstbaarheid berusten, vervallen in gedingen die tot den staat der personen betrekking hebben, art. 1951, en in gedingen over echtscheiding en scheiding van t. e. b. art. 827 B. R. Van andere gevallen waarin redenen van wraking vervallen hadden wij gelegenheid te spreken op bl. 43.

Redenen van verschooning heffen verplichting op. De wraking waaraan verwanten bloot staan, kan door sommigen van deze worden voorkomen, in zooverre hun de bevoegdheid is toegekend om zich van het afleggen van getuigenis te verschoonen.

Deze bevoegdheid is toegekend aan:

1º. verwanten van eene der partijen in de zijlijn in den tweeden graad;

2º. aanverwanten van den echtgenoot van eene der partijen in rechte lijn onbeperkt en in de zijlijn in den tweeden graad.

Voorts 3º. kunnen zich verschoonen allen die uit hoofde van hunnen stand, beroep of wettige betrekking tot geheimhouding verplicht zijn doch alleen en bij uitsluiting nopens hetgeen waarvan de wetenschap hun als zoodanig is toevertrouwd *).

---

*) I. BRUIJN, het beroepsgeheim en de verplichting tot afleggen van getuigenis in het burgerlijk geding. Acad. proefschr. Amsterdam 1892.

Bij de toekenning van de bevoegdheid om zich te verschoonen is de wetgever er echter niet zoozeer op bedacht geweest om de genoemde verwanten van de mogelijkheid eener wraking te ontslaan, ofschoon zij dit gevolg heeft, als wel omdat hij in de verwantschap in den aangewezen graad evenals in de verplichting tot geheimhouding afdoende reden vond om ontheffing te verleenen van de aan een ieder die niet onbevoegd of onbekwaam verklaard noch gewraakt is, opgelegde verplichting om getuigenis in rechte af te leggen. Art. 1946 B. W.

De verplichting om getuigenis der waarheid af te leggen is, ook waar zij het burgerlijk geding betreft, eene staatsburgerlijke verplichting. Want de handhaving van het recht is eene staatszorg en terwijl die handhaving van het recht ook bestaat in de verzekering van hunne rechten aan de bijzondere personen en daartoe het onderzoek naar en de ontdekking van de waarheid noodig is van de feiten waarop die rechten steunen, terwijl die ontdekking van de waarheid zonder de medewerking van hen die met de feiten bekend zijn niet mogelijk is, zoo legt de Staat niet alleen met volle recht die verplichting aan al zijne onderdanen op, maar is zij ook in de eerste plaats eene staatsburgerlijke verplichting, al komt hare nakoming niet alleen der algemeene rechtszekerheid maar ook het bijzonder belang der gedingvoerende partijen ten goede. Het niet voldoen aan die verplichting is dan ook een misdrijf, tegen of eene overtreding betreffende het openbaar gezag (artt. 192, 444 Swb.). Het kan bovendien tot eene veroordeeling tot vergoeding van de te vergeefs gemaakte kosten jegens de gedingvoerende partij aanleiding geven. Art. 116, 200 B. R.

Waar de wetgever iemand onbevoegd verklaart of wegens onbekwaamheid als getuige niet toelaat en waar hij uitsluiting door wraking veroorlooft, heft hij, in dit laatste geval zoodra van de wraking gebruik gemaakt wordt, met een en stilzwijgend de verplichting op.

Ook moest de wetgever de verplichting wel opheffen of mocht zij geacht worden stilzwijgend opgeheven te zijn, waar hij zelf voor sommige personen het bestaan eener verplichting tot geheimhouding erkent.

Maar bovendien kon hij redenen hebben om ontheffing van de verplichting te verleenen, waar eene tusschen den getuige en eene

der partijen bestaande betrekking van hare waarheidlievendheid te veel zou kunnen vergen. Zoo kwam de wetgever tot de aan zoodanige betrekking door hem ontleende reden van verschooning, die hij, behalve het beroep op eene verplichting tot geheimhouding, in art. 1946, als zoodanig vermeldt.

Dat die redenen van verschooning, welke haren grond aan eene betrekking tot eene der partijen ontleenen en de redenen van wraking aan zoodanige betrekking ontleend elkander behoorden te dekken, omdat de verschooning een middel moet zijn om de wraking te voorkomen en dat dit in onze wet het geval niet is, had ik gelegenheid vroeger op te merken.

Omtrent de onder n°. 1 en 2 van art. 1946 vermelde redenen merk ik alleen op, dat onder n°. 2, om 't verband met n°. 1 en de vergelijking met art. 1950 n°. 1 en 2, onder hen, die den echtgenoot van een der partijen bestaan, noodzakelijk de aanverwanten van dien echtgenoot verstaan moeten worden. De bloedverwanten van dien echtgenoot zijn toch in de rechte lijn, onbekwaam, i. q. onbevoegd, verklaard, terwijl de bloedverwanten van den echtgenoot in de zijlijn tot in den tweeden graad begrepen zijn onder n°. 1. Die den echtgenoot bestaan kunnen dus niet anders dan aanverwanten van dien echtgenoot zijn en dat de wetgever zijne redenen van verschooning zóó ver heeft willen uitstrekken, kan art. 1950 n°. 2 bevestigen, alwaar hij de betrekking van aanverwant van den echtgenoot ook als reden van wraking aanneemt. Zie Diephuis III bl. 87.

Eene bijzondere bepaling van de faillissementswet, art. 66 § 4 (1893 n°. 140), ontheft den echtgenoot, den gewezen echtgenoot, de kinderen en verdere afkomelingen, en de ouders en grootouders des gefailleerden van de verplichting om getuigenis af te leggen wanneer zij namens (op last van?) den rechter-commissaris daartoe worden gedagvaard ter opheldering van alle omstandigheden het faillissement betreffende. Het geldt hier een getuigenverhoor buiten geding. Van partijen is geen sprake en de bepaling van art. 1947 omtrent onbevoegdheid welke op eene betrekking tot de partijen berust, is hier evenmin als die omtrent de verschooning van art. 1946 n°. 1 en 2 van toepassing. Verschooning op grond van verplichting tot geheimhouding (art. 1946 n°. 3) moet ook hier toepasselijk worden geacht. Volgens art. 1950 wraakbare ge-

tuigen zullen verplicht zijn getuigenis af te leggen; voor de wraking bestaat geen gelegenheid. Wie zou haar kunnen voorstellen?

N°. 3. Het lijdt geen twijfel dat de wetgever met hen die tot geheimhouding verplicht zijn vóór alle anderen moet bedoelen hen die hij zelf de verplichting tot geheimhouding oplegt. Zoo volgt eene verplichting tot geheimhouding voor de notarissen uit den eed door hen af te leggen: „dat ik de meest mogelijke geheimhouding omtrent den inhoud der akten, overeenkomstig de voorschriften der wet (zie art. 42 wet not.-ambt), zal in acht nemen" art. 18 wet not.-ambt. (Verg. Regtsg. Bijblad III (1853) bl. 377). Toch kan nog wel meer dan wat in de akten staat hun als zoodanig zijn toevertrouwd. Zoo voor hen die eenige tak van de geneeskunst uitoefenen, art. 21 Wet 1878 n°. 222: „dat ik aan niemand zal openbaren wat in die uitoefening als geheim mij is toevertrouwd of te mijner kennis is gekomen" indien niet de bijvoeging: tenzij mijne verklaring als getuige of deskundige in rechte gevorderd worde", juist de anders uit den eed voortvloeiende reden van verschooning deed vervallen. Volgens art. 30 der wet van 27 September 1892 n°. 223 op de vermogensbelasting, wordt door den Voorzitter en de leden van de raden van beroep de eed of belofte afgelegd „dat ik hetgeen mij in mijn ambt nopens den aanslag van een ingezetene of diens vermogen blijkt of medegedeeld wordt, zal geheim houden". Zie ook art. 19 § 6 en art. 26 der Wet op de bedrijfsbelasting 2 Oct. 1893 n°. 149. Doch de wet vordert niet dat de verplichting tot geheimhouding door eene wettelijke bepaling opgelegd zij. Zij acht het voldoende als die verplichting aan den stand, beroep of wettige betrekking is verbonden. En wanneer zij hier van stand spreekt terwijl ons staatsrecht geen standsvoorrechten of rechten erkent, zoo moet zij die uitdrukking stand wel in de beteekenis van het maatschappelijk verkeer hebben gebruikt en kan zij daarbij niet anders dan aan den geestelijken stand hebben gedacht, voorts aan den STAND der advocaten, welken zij uitdrukkelijk als zoodanig erkent in art 11 van het Reglement n°. III. De bediening van den geestelijke of godsdienstleeraar en het beroep van den advocaat, ook dat van den procureur, brengen beide mede dat zij niet behoorlijk vervuld kunnen worden, indien op de geheimhouding van hetgeen hun in hunne betrekking wordt toevertrouwd niet kan worden gerekend.

Wat wettige betrekkingen zijn, is moeilijk te bepalen. De benaming van betrekking kan op alle ambten, bedieningen en beroepen worden toegepast en dat wettige karakter kan niet veel anders beteekenen dan dat de betrekking eene door de wet niet gewraakte betrekking zij. Maar welke betrekkingen de wetgever meer bepaaldelijk bedoelt is niet te zeggen. Het lijdt m. i. geen twijfel of de strafbedreiging tegen het opzettelijk bekendmaken van bijzonderheden aangaande eene onderneming van handel of nijverheid, bij welke iemand werkzaam is geweest en waarvan hem geheimhouding is opgelegd, art. 273 Swb., moet dergelijke betrekkingen doen rangschikken onder die welke art. 1950 n°. 3 bedoelt. Door deze strafbedreiging wordt het afleggen van getuigenis omtrent zoodanig geheim niet verboden; van de verplichting daartoe kan de getuige zich evenwel verschoonen. Overigens zal de rechter in ieder geval, waar geèn eed tot geheimhouding werd afgelegd, het beroep op deze reden van verschooning en de vraag in hoeverre de stand, het beroep of de betrekking deze rechtvaardigt, hebben te beoordeelen. Men vindt dezelfde uitdrukking van: stand, beroep en wettige betrekking, in het Wetb. v. Strafv. art. 66 en die uitdrukking is behouden, niettegenstaande in het Wetb. v. Strafrecht bij schending van geheimen in a. 272 eenvoudig van ambt of beroep gesproken wordt, terwijl op betrekkingen die onder strafbedreiging tot geheimhouding verplichten alleen art. 273 terugslaat. Doch ofschoon zeker de verplichting van geheimhouding in deze bepalingen eene krachtige sanctie vindt, zal toch niet de openbaring van een geheim als getuige en het niet gebruik maken van de reden van verschooning, die strafbepalingen toepasselijk maken. Het ware toch zonderling, dat men een reden van verschooning zou behoeven om van eene verplichting ontheven te worden welker nakoming iemand strafschuldig zou maken. Neen, de bij de wet opgelegde verplichting tot afleggen van getuigenis blijft bestaan; het beroep op verschooning hangt van het inzicht des getuige af. Het voldoen aan eene wettelijke verplichting kan hem niet strafschuldig maken. Art. 42 Swb. Zie Mem. v. Toel. op art. 272 Swb. Smidt II, bl. 403.

TITEL II.

GETUIGENVERHOOR.

De vormen en formaliteiten die vereischt worden om het middel van bewijs door getuigen in toepassing te brengen, m. a. w., voor het houden van het getuigenverhoor, worden in het Wetb. v. B. R. aangetroffen in tit. II van het 1e Boek, art. 103—121, en in de zesde afdeeling van tit. III art. 100—218, thans 199—203. Tot grondslag van deze bepalingen strekten de voorschriften van den C. de pr. waarin zij op drie plaatsen worden gevonden. In het 1e deel van het fransche wetboek wordt het getuigenverhoor voor de vredegerechten behandeld in B. I tit. 7 (artt. 34—40), voor de lagere gerechten in tit. 12 artt. 252—294 en in 't bijzonder voor de bij deze gerechten aan summiere behandeling onderworpen zaken in tit. 24 artt. 407—413. De bepalingen voor de lagere gerechten gemaakt worden dan nog in art. 470 op de Hoven van appèl toepasselijk verklaard. Onze wetgever heeft terecht ingezien dat de regeling van den franschen Code voor de vredegerechten hoogst onvolledig was, maar of hij juist zag, toen hij het getuigenverhoor bij de kantongerechten in tit. II volledig regelde en voor dat bij de collegiën in tit. III afd. 6, naar die bepalingen voor een goed deel verwees, door ze op het getuigenverhoor in summiere en ook in gewone zaken toepasselijk te verklaren daar verder die voorschriften bijvoegende welke alleen bij de gewone behandeling te pas komen, mag met het oog op eene goede economie van de wet betwijfeld worden. Is die handelwijze al in verband met de opschriften van tit. II en tit. III te verdedigen, de inhoud van tit. II die, gelijk nog ten duidelijkste uit art. 125 blijkt, bestemd is om van de regeling der procedure bij de collegiën afwijkende voorschriften voor de kantongerechten te bevatten, wraakt het opnemen van den regel voor het getuigenverhoor aldáár en dus de regeling voor de rechterlijke collegiën voor te stellen als eene afwijking van dien regel. Erger is het evenwel dat er niet altijd tusschen de beide deelen der aldus gescheiden regelingen de vereischte harmonie bestaat. De Ontwerper van 1865 kon, tengevolge van eene betere ordening der onderwerpen en ook door de afschaffing van de onderscheiding in summiere en gewone behandeling, van het getuigenverhoor ééne en

daardoor betere regeling geven. Zie B. II tit. II afd. 7 artt. 26—59 en de toelichting (uitg. BELINFANTE) I bl. 147. Bij de partieele herziening van 1896 n°. 103 verviel met de onderscheiding der behandeling van gewone en summiere zaken het verhoor door den rechter-commissaris, hetwelk alleen in zaken van gewone behandeling door de wet was toegelaten. De bijzondere hiertoe betrekkelijke bepalingen, artt. 204 t/m 218 worden ingetrokken en de bepalingen van den tweeden titel met enkele wijzigingen en aanvullingen voor de collegiën, zoo goed als dat ging, pasklaar gemaakt. De weinig methodische regeling van het geheele onderwerp, waarop ik hier boven wees, bleef. Het karakter der herziening liet trouwens eene verbetering daarvan niet toe.

Wij nemen ook hier tot uitgangspunt de manier van procedeeren in eersten aanleg bij de rechterlijke collegiën, bij de arrondissements-rechtbanken alzoo en, omdat de eerste aanleg, niettegenstaande de wet van 22 Juni 1893 n°. 93, bij den Hoogen Raad nog kan voorkomen, bij dezen; bij de Hoven alleen voor het geval van prorogatie naar art. 66 R. O., 329 B. R.; wat er bij de kantongerechten bijzonder op te merken valt, wijzen wij daarna aan.

Wij hebben dan achtereenvolgens te bespreken:

1°. de procedure welke leidt tot het vonnis waarbij een getuigenverhoor wordt bevolen, welke wij de voorbereidende procedure kunnen noemen;

2°. het verhoor zelf en wat verder tot uitvoering van het vonnis strekt; in verband daarmede het verhoor voor een gedelegeerden rechter en de rogatoire commissie;

3°. de behandeling van de hoofdzaak nà 't verhoor.

Eindelijk 4°. zullen de bijzondere bepalingen van de procedure bij den kantonrechter in behandeling komen.

Ten slotte valt dan nog het getuigenverhoor buiten geding te bespreken. Daarbij komt in de eerste plaats het voorloopig getuigenverhoor naar aanleiding van de elfde afd. van B. III tit. 6, artt. 876—881 in aanmerking, terwijl daarbij tevens de aandacht zal worden gevestigd op andere in de wetboeken verspreide gevallen.

§ 124. VOORBEREIDENDE PROCEDURE.

Het getuigenverhoor, waardoor het getuigenbewijs in het geding in toepassing wordt gebracht, wordt door den rechter bij vonnis

bevolen. Hij kan dit ambtshalve doen, maar in den regel zal daartoe wel door eene der partijen verzoek worden gedaan. De rechter beveelt het getuigenverhoor, indien hem blijkt dat partijen het over de feiten niet eens zijn of hare bekentenis niet tot bewijs daarvan mag strekken, voorts indien hij van oordeel is dat die feiten ter zake dienende en afdoende zijn en mits het bewijs door getuigen niet is uitgesloten door de wet.

Is nu het getuigenverhoor op verzoek van eene der partijen bevolen, of door den rechter ambtshalve aan eene der partijen opgelegd, dan is de andere daardoor van zelf toegelaten om getuigen te doen hooren tot tegenbewijs. Art. 199, 200 j° 103.

De drie vereischten welke moeten samenloopen, opdat de rechter op verzoek van eene der partijen het getuigenverhoor bevelen mag, worden te zamen alleen vermeld in art. 103 § 1. In art. 199 § 1 wordt het vereischte van art. 103, dat „de feiten tot de beslissing der zaak kunnen leiden", wat art. 203 (oud) uitdrukte met de woorden „dat de feiten ter zake dienende en afdoende zijn", niet vermeld, doch art, 200 § 1 voorziet daarin door de bepalingen van den IIden titel en daarmede ook art. 103 toepasselijk te verklaren.

In verband met art. 1932 B. W. had de wetgever in artt. 199 en 103 de voorkeur behooren te geven aan de uitdrukking: „indien het bewijs door getuigen niet door de wet is uitgesloten". Doch de vermelding van dit vereischte was, strikt genomen, in het geheel niet noodig. Want het spreekt van zelf dat, waar het getuigenverhoor strekt om het getuigenbewijs in toepassing te brengen, de wet het alleen regelt voor die gevallen waarin het volgens de daaromtrent te zijner plaatse gemaakte bepalingen mag toegepast worden. De uitdrukkelijke vermelding kan overigens tot bevestiging strekken van den wil des wetgevers om de wettelijke uitsluiting van het getuigenbewijs niet afhankelijk te maken van het goeddunken der partijen. Zie boven bl. 25, Aanm. 1.

Wat verder het vereischte betreft, dat partijen het over de feiten niet eens zijn, dit is vooreerst het gevolg daarvan dat voorwerp van het bewijs uitsluitend zijn de feiten van het geding, en, wat het niet eens zijn over die feiten betreft, dit spreekt in het algemeen van zelf en, zoo algemeen als het in art. 103 en 199 gezegd wordt, kan 't vrij overbodig schijnen. Het

getuigenverhoor wordt immers doelloos, daar getuigenbewijs niet noodig is als partijen het eens zijn of het bewijs door bekentenis voldoende is geleverd. Het is ook nauwelijks te verwachten, dat eene partij in zoodanig geval een getuigenverhoor zou verzoeken, en de wet doelt dan ook daarop dat het verzoek wel kan gedaan zijn toen partijen het oneens waren, maar dat die oneenigheid later kan zijn opgeheven zoodat óok dan het bevel niet gegeven wordt. Zoo kan uit de aanvankelijk door partijen genomen conclusiën van eene tegenspraak blijken, welke op het gedaan verzoek tot getuigenverhoor wordt ingetrokken; zelfs werd bij de gewone behandeling voorgeschreven, dat de tegenpartij gesommeerd worde om de te bewijzen feiten uitdrukkelijk te erkennen of te ontkennen, terwijl, bij erkenning, het bevel tot getuigenverhoor dan niet gegeven werd. Toch behoeft men niet bepaaldelijk aan het geval te denken dat partijen het aanvankelijk niet eens waren, maar het later eens werden. Zeker zal het getuigenverhoor in den regel doelloos worden als partijen het eens zijn. Maar als de wetgever den eisch stelt dat zij het niet eens zijn, dan moet daarvan blijken en mag er van het bevelen van een getuigenverhoor geen sprake zijn, wanneer de gestelde feiten als niet betwist, kunnen worden aangenomen vast te staan in dezer voege dat hij die ze stelde tot bewijs daarvan niet verplicht is. Zie § 134. Getuigenverhoor alzoo als partijen het niet eens zijn. Intusschen kan het nog wel eens bevolen worden al zijn partijen het eens. Want waar de bekentenis tot bewijs niet voldoende is, kan bewijs door getuigen en alzoo een getuigenverhoor noodzakelijk zijn. Het is genoeg hier te wijzen op de bepaling van art. 810 B. R., om later na te gaan welke gevallen de wetgever nog meer bedoelt als hij in art. 1967 spreekt van „gevallen waarin hare bekentenis niet zou kunnen worden in aanmerking genomen". Zie § 134.

Dat de feiten ter zake dienende en afdoende moeten zijn, is een natuurlijk gevolg van den juisten regel: „frustra probatur quod probatum non relevat". In de praktijk spreekt men van „pertinente en concludente" feiten en met „ter zake dienende" worden dan ook „ter zake behoorende", d. i. in het geding gebrachte, feiten bedoeld en deze moeten dan weer van die beteekenis zijn, dat van het al of niet bewezen zijn dier feiten de beslissing van de zaak afhankelijk wordt geacht. Daarmede worden de feiten afdoende. De meer gebruikelijke uitdrukking

„ter zake dienende en afdoende” zou ik verkiezen boven de in art. 103 gebezigde: dat „de daadzaken tot de beslissing der zaak kunnen leiden”, èn omdat zij meer gebruikelijk zijn èn omdat zij de gedachte beter uitdrukken. Het zijn toch niet de daadzaken die tot beslissing kunnen leiden maar het bewijs daarvan. Al verviel met art. 203, bij de partiëele herziening van 1896, de m. i. juistere redactie van het hier besproken vereischte, men behoeft daarom die bepaling niet geheel te verwaarloozen, en kan zij tot de verklaring van de gedachte des wetgevers dienst blijven doen. De praktijk zal zeker van pertinente en concludente feiten blijven spreken. Dit vereischte heeft overigens van zelf ten gevolge, wat art. 201 uitdrukkelijk bepaalt, dat, wanneer in gedingen over bezit, het bezit of de stoornis ontkend wordt, het verhoor van getuigen dat dienaangaande bevolen wordt zich niet mag uitstrekken tot het recht op de zaak zelve (het petitoir). Want, al moge deze bepaling de strekking hebben om het aan art. 130 ten grondslag liggende beginsel te handhaven (verg. a. 24 en 25 C. de pr.), zoodra uit de feiten geen bewijs van bezit of stoornis kan worden afgeleid, zullen zij niet ter zake dienende en afdoende wezen, al kunnen zij bewijs voor het recht op de zaak zelve opleveren. En dat, terwijl de verklaringen der getuigen soms tot het eigendomsrecht betrekking zullen kunnen hebben, de rechter daarop niet te letten heeft, volgt ook daaruit dat hij over het bezit en niet over den eigendom uitspraak heeft te doen en de eigenaar niet bevoegd is op het bezit, dat een ander van zijne zaak heeft, inbreuk te maken. De bepaling werd daarom terecht in het Ontwerp van 1865 niet opgenomen. De partieele herziening van 1896 liet haar evenwel bestaan. Zeker kan men hier met volle recht zeggen: „possessio nil commune habet cum proprietate”.

Zijn de gestelde vereischten ook in acht te nemen door den rechter als hij ambtshalve een getuigenverhoor beveelt? De oorspronkelijke redactie van art. 103, waarmede de tegenwoordige van art. 199 vrij wel overeenstemt, gaf aanleiding tot de opmerking dat te veel aan de willekeur des rechters scheen overgelaten en, vooral opdat men niet zou meenen dat de rechter ambtshalve een getuigenverhoor kon bevelen waar de wet getuigenbewijs uitsluit, werden in art. 103 § 2 de woorden „in dat geval” ingelascht, wat evenwel bij art. 199 de aandacht niet trok. Ook niet

bij de herziening in 1896. Hoe dit zij, de bevestigende beantwoording der gestelde vraag is niet twijfelachtig.

Want, hoe zou in gevallen waarin de wet getuigenbewijs uitsluit, een getuigenverhoor tot beslissing der zaak „dienstig en noodig" kunnen zijn? en wanneer de wet het verhoor op verzoek van partijen alleen dan toegewezen wil hebben als de ontkende feiten ter zake dienende en afdoende zijn, omdat het anders voor de beslissing der zaak niets geeft, hoe zal dan de rechter het in zoodanig geval tot de beslissing der zaak dienstig en noodig kunnen achten? Neen, het onderscheid tusschen het bevel op verzoek en dat ambtshalve te geven ligt niet in verschil van de vereischten, maar daarin dat in het eerste geval, bij het bestaan der vereischten, de rechter het verhoor moet bevelen, in het tweede geval dit kan doen. En of hij van die bevoegdheid gebruik zal maken hangt af van de vraag, of hij omtrent in het proces betwiste, ter zake dienende en voor bewijs door getuigen naar de wet vatbare feiten, dat bewijs noodig acht ten einde met kennis van zaken het geschil te beslissen. Het ware dan ook voldoende den rechter die bevoegdheid eenvoudig toe te kennen; onnoodig er bij te voegen dat hij van deze bevoegdheid gebruik zal kunnen maken, als hij dat noodig rekent. De wetgever heeft er evenwel bij de vaststelling van deze bepalingen niet aan gedacht, dat, ook wanneer de partijen het eens zijn, getuigenbewijs kan te pas komen, waar de bekentenis niet tot bewijs kan strekken, of voor het bewijs niet voldoende is. En gelijk in zoodanig geval, als bijv. van art. 810 B. R., een der partijen volkomen bevoegd zal zijn een getuigenverhoor te verzoeken, zal ook de rechter de bevoegdheid hebben het ambtshalve te bevelen. Zoo kan het voorkomen, dat partijen van de onderstelling uitgaan dat op bekentenis recht kan worden gedaan, als in geval van echtscheiding, terwijl de rechter, de bekentenis niet als bewijs aannemende, alleszins reden zou hebben een getuigenverhoor te bevelen en daartoe zeker bevoegd zou zijn; hij zal het bevel dan ambtshalve geven. Zoo heeft ook bij vele rechtscollegiën als regel gegolden, dat de rechter, in geval van echtscheiding enz., als de gedaagde verstek had laten gaan, ambtshalve getuigenbewijs gelastte. En in het stelsel dat de bekentenis in die zaken niet afdoende was, zeker terecht. Doch ook dan kan men niet zeggen dat partijen het over de feiten niet eens zijn.

Maar wanneer zal de rechter in het geval verkeeren dat in onze

artikelen wordt ondersteld, dat er nl. in het geding betwiste, ter zake dienende en afdoende, voor bewijs door getuigen vatbare feiten zijn, waarvan echter het getuigenbewijs niet is verzocht en welker bewijs hij voor de beslissing noodig acht; zoodat hij dan ambtshalve een getuigenverhoor bevelen zal? „Ik geloof wel te mogen beweren" zegt Mr. W. J. KARSTEN, Handel. der Jur.-Ver. 1891 I, bl. 27, „òf alleen, indien er slechts mondeling bij pleidooi, dus informeel een bewijsaanbod is gedaan; òf indien de te bewijzen gestelde feiten, naar 's rechters oordeel, eenige wijziging of aanvulling eischen". Zie voorts artt. 494 en 525 B. W.

Blijkt uit het bovengezegde dat voor het bevelen van een getuigenverhoor niet altijd noodig is dat partijen het over de feiten niet eens zijn, in zoover als ook bij erkenning der feiten een getuigenverhoor kan worden bevolen, wanneer in zoodanige gevallen wegens het niet afdoende der erkenning het bewijs door getuigen niet kan worden gemist, toch mag daarom het vereischte wel op den voorgrond gesteld worden. Bij nader inzien betwijfel ik toch of het beter ware in plaats daarvan te vorderen, gelijk het Ontwerp 1865 doet in art. 26: dat „de ter zake dienende en afdoende feiten [niet of] niet voldoende zijn bewezen". Dan zijn wel de gevallen van ontkenning en van naar de wet niet afdoende erkenning er gelijkelijk onder begrepen maar het blijkt niet duidelijk dat de feiten betwist moeten zijn, zoodat wanneer dit niet of niet behoorlijk is geschied en de tegenpartij zich bijv. tot eene bloote ontkenning in algemeene termen bepaald heeft, er geen grond aanwezig is om een getuigenverhoor te bevelen. Ook dan wordt op voldoende wijze afgesneden de vraag, die de fransche schrijvers bezig houdt, of wanneer de rechter reeds voldoenden grond ter beslissing vindt in de stukken van het geding, hij verplicht zoude zijn niettemin een getuigenverhoor te bevelen. Wanneer men zich voor de ontkennende beantwoording van die vraag beroept op de woorden van art. 253 C. de pr. „pourra être ordonnée", dan zou die grond bij ons wegvallen, wijl èn art. 103 èn art. 199 spreken van „zal de rechter bevelen". Maar wanneer de rechter geen bewijs meer behoeft, wanneer dit voldoende uit de instructie van de zaak te putten is, hoe zal dan aan het vereischte worden voldaan dat de feiten ter zake afdoende zijn? hoe zal, wanneer de rechter tot beslissen in staat is, de beslissing van nog te bewijzen feiten afhankelijk kunnen zijn? Wij zeggen dus: de rechter moet bevelen,

als de gestelde vereischten aanwezig zijn; maar uit die vereischten volgt dat hij daartoe niet verplicht is, als het bewijs door getuigen voor de beslissing der zaak niet noodig is. Zie over de bedoelde vraag CHAUVEAU op CARRÉ Q. 973, 3° en de ald. aangehaalde schrijvers en jurisprudentie. Wordt het vereischte van betwist zijn der feiten op den voorgrond gesteld, door te vorderen dat partijen het over de feiten niet eens zijn, dan wordt daardoor tevens gezorgd dat geen getuigenverhoor bevolen wordt wanneer niet van dat betwist zijn, blijkt. Verg. het Ontw. art. 27 § 2.

„La preuve contraire sera de droit", zeide de fr. wetgever in art. 256, maar hij bezigt daar kennelijk „preuve" in den zin van bewijsvoering. In verband met hetgeen in art. 103 aan het tewoordig 104 en in 199 vooráfgaat, had onze wetgever moeten zeggen: „Getuigenverhoor tot tegenbewijs wordt van rechtswege toegelaten". Daartoe is dus geen vonnis noodig omdat eene beoordeeling van de toelaatbaarheid wegvalt, wanneer bewijs te leveren is van feiten die met de gestelde in tegenspraak zijn, het daardoor geleverd bewijs te niet doen.

Dat wil evenwel niet zeggen dat de tegenpartij voor elke verdediging van bewijs door getuigen kan gebruik maken. Als bijv. een schuldeischer tot bewijs van zijne schuldvordering ofschoon boven *f* 300 tot bewijs door getuigen werd toegelaten, omdat hij zich geen schriftelijk bewijs heeft kunnen verschaffen, zal daarom de verweerder de door hem beweerde betaling niet kunnen bewijzen door getuigen. GARSONNET § 332. Het vonnis, waarbij op verzoek van eene der partijen een getuigenverhoor wordt bevolen, behoeft de toelating daarvan tot tegenbewijs ten behoeve van de andere partij niet met zoovele woorden uit te spreken. Evenmin waar het getuigenverhoor ambtshalve werd bevolen. De tegenpartij maakt van de gelegenheid, die 't bevolen getuigenverhoor aanbiedt, gebruik om getuigen tot tegenbewijs te doen hooren. Verg. art. 104.

Het verzoek. Geschil over de toelating. Het verzoek wordt gedaan ter terechtzitting bij gemotiveerde conclusie eene duidelijke opgave inhoudende van de feiten waarvan het bewijs wordt aangeboden. De tegenspraak wordt eveneens bij gemotiveerde conclusie voorgedragen. Daarna kunnen pleidooien worden gehouden en de rechter doet uitspraak:

behoudens voorafgaand verhoor van het O. M. in de zaken waarin dit noodig is. Art. 200 j° 103.

Met de afschaffing van het onderscheid tusschen de summiere en de gewone behandeling verviel de bij deze laatste voorgeschreven voorafgaande beteekening van de te bewijzen feiten met sommatie om daarop door ontkenning of erkenning te antwoorden. Die voorafgaande beteekening en beantwoording behoeft dus niet plaats te hebben, maar het is duidelijk dat, zal de tegenpartij zich over die feiten en het in verband daarmede gevraagd getuigenverhoor kunnen verklaren, haar die feiten toch duidelijk moeten worden medegedeeld.. Hoe zou de rechter ze anders in het vonnis overeenkomstig art. 103 kunnen opnemen? Die opgave zal dan geschieden in de conclusie, waarin het getuigenverhoor wordt gevraagd. Want dat, al verwijst art. 200 eenvoudig naar de bepalingen van tit. II, hier toch in verband met art. 141 eene schriftelijke conclusie vereischt wordt, zal wel niet twijfelachtig zijn. Maar dan zal die conclusie tevens eene sommatie aan de tegenpartij moeten inhouden om de gestelde feiten te ontkennen of te erkennen, doch het antwoord daarop is aan geen bijzonderen termijn gebonden en zal bij de conclusie van antwoord behooren gegeven te worden. Want alleen op deze wijze kan behoorlijk het eerste vereischte vaststaan dat de partijen het omtrent de feiten niet eens zijn. Zal de rechter dan ook in dit geval, als geene erkenning of ontkenning plaats heeft, de feiten voor erkend kunnen houden, zooals art. 202 dit voor de gewone behandeling uitdrukkelijk voorschreef? Het komt mij niet twijfelachtig voor. Want dit is niet eene eigenaardigheid van de gewone behandeling, maar een gevolg van de in alle gevallen gestelde vereischten voor het getuigenverhoor, opdat het niet zonder deugdelijken grondslag en niet buiten noodzakelijkheid zou worden te werk gesteld.

De rechter zal de feiten voor erkend k u n n e n houden. Hij heeft evenwel de bevoegdheid om hierin naar omstandigheden te handelen; hij zal tot het erkennen of ontkennen een uitstel kunnen verleenen en ook, zonder de feiten voor erkend te houden, het getuigenverhoor bevelen. Hij zal dit laatste zelfs moeten doen wanneer de feiten, niettegenstaande erkenning, door deze niet als bewezen mogen worden aangenomen. Want, wanneer zelfs eene erkenning het getuigenverhoor niet uitsluit, nog veel minder het

voor erkend houden. Verg. GARSONNET II p. 510. Doch gelijk ik reeds opmerkte, aan dergelijke gevallen heeft de wetgever hier blijkbaar niet gedacht. Het vereischte dat partijen het over de feiten niet eens zijn, waartoe de thans door ons besproken bepaling betrekking heeft, valt dan weg. In het Ontwerp 1865 is er aan gedacht.

In art. 27 O. wordt bepaald dat, bij gebreke van erkennen of ontkennen, de feiten voor erkend worden gehouden, „behalve in die gevallen waarin de bekentenis niet als bewijsmiddel in aanmerking komt". Ik zou liever bepaald zien dat in die gevallen eene formeele ontkenning of erkenning niet gevorderd wordt. Want de bedoeling is toch, dat het gevolg van het voor erkend houden, dat nl., evenals bij erkenning, het getuigenverhoor zijn doel verliest en dus overbodig wordt, niet mag worden aangenomen. En dit zou, waar bekentenis is uitgesloten, zelfs bij eene formeele erkenning het geval niet zijn. Op erkenning of niet erkenning komt het in deze gevallen niet aan. Dat is de zaak. Ook zag ik de bepaling liever facultatief gesteld. Het ware geen overbodige bepaling geweest, indien bij de herziening van 1896 in verband met en als gevolg van de afschaffing der bijzondere bepaling omtrent de gewone behandeling, het Ontwerp van 1865 hier ware gevolgd.

Zijn de feiten ontkend of kunnen zij door bekentenis niet bewezen worden, dan kan door partijen nog strijd worden gevoerd over het ter zake dienende en afdoende en over de al of niet toelating van het getuigenbewijs door de wet.

Alleen voor het geval dat de gedaagde tegenspraak doet, wordt zijne veroordeeling in de kosten van dit tusschengeschil gevraagd en anders tot voorbehoud van de uitspraak daarover geconcludeerd. Verg. a. 56 § 2.

Inhoud van het vonnis. Nadat aldus partijen zijn gehoord, doet de Rechter uitspraak. Wanneer hij het getuigenverhoor beveelt, moet het vonnis tevens inhouden de feiten waarover de getuigen moeten worden gehoord; voorts dag en uur der terechtzitting waarop het getuigenverhoor zal plaats hebben. Het verhoor tot tegenbewijs wordt eveneens bij het vonnis bepaald of anders na afloop van het verhoor der voor het bewijs opgeroepen getuigen. Art. 200 j° 103 § 3, 104.

Naar den C. d. pr., art. 255, werd in zaken van gewone behandeling het verhoor altijd aan een rechter-commissaris opgedragen.

Onze wetgever liet dit aan het oordeel des rechters over. In het ontwerp is die opdracht geheel vervallen, opdat de rechter die over de zaak oordeelen moet ook zelf de getuigen hoore en zijne overtuiging niet hebbe te vestigen door kennis te nemen van een schriftelijk procesverbaal. Mem. v. Toel. van het Ontw. bl. 148, en dit werd bij de herziening van 1896 eveneens aangenomen. De wetgever erkende de voorkeur, welke het verhoor ter terechtzitting verdient, door dit bij uitsluiting voor te schrijven in gedingen van echtscheiding en scheiding van tafel en bed om bepaalde oorzaak. artt. 823, 826. Toch heeft men wel moeten behouden de opdracht aan een anderen rechter, of aan een gedelegeerden rechter in de gevallen dat getuigen te ver verwijderd wonen of door ziekte verhinderd zijn zich tot den rechter te begeven. De bepalingen onzer wet welke tot deze opdracht van getuigenverhoor betrekking hebben, bespreken wij afzonderlijk.

Wanneer, zelfs met onderling goedvinden van partijen, de summiere behandeling voor de hoofdzaak was gevolgd, kon het getuigenverhoor niet aan een rechter-commissaris worden opgedragen. Toch had de praktijk bij enkele rechtbanken, bepaaldelijk bij die te Rotterdam, de gewoonte ingevoerd, om in zaken van summiere behandeling het getuigenverhoor door een rechter-commissaris te doen plaats hebben. De rechtbank beval dit dan na zich van de toestemming der procureurs verzekerd te hebben. Het is zeker aan gegronden twijfel onderhevig of de rechter de bevoegdheid heeft dus in overleg met partijen de wet te veranderen. Wel deed zich daarin kennen een behoefte van de praktijk, aan welke de wetgever in 1896 echter gemeend heeft niet te kunnen voldoen. Nu het verhoor voor den rechter-commissaris is vervallen, is ook de gelegenheid om op voormelde wijze van de wet af te wijken aan den rechter benomen.

Het vonnis wijst tijd en plaats van het verhoor aan, doch eene der partijen kan verzoeken dat het op een lateren dan den daarvoor door den rechter aangewezen dag plaats hebbe. Dat verzoek geschiedt mondeling ter terechtzitting onmiddellijk na de uitspraak, en daarop wordt dadelijk eene beslissing gegeven, waartegen geen voorziening openstaat. Het incident waarvan in art. 104 sprake is, is een zg. rol-incident. Hetzelfde geldt voor plaats en uur voor het tegenbewijs bepaald, dat bij het vonnis, of dadelijk na afloop van het verhoor der voor het bewijs gehoorde getuigen, bepaald

wordt. Art. 200 j° 103 en 104. De bepaling van den dag voor het tegenbewijs bij het vonnis waarbij die voor het bewijs bevolen wordt kan ten gevolge hebben dat beide verhooren elkander onmiddellijk volgen. Dit is althans de bedoeling van de verandering, welke deze bepaling bij de herziening van 1896 onderging. HARTOGH en COSMAN de wet van 7 Juli 1896 op art. 104 bl. 34. Deze schrijvers achten het wenschelijk dat de rechter in alle gevallen veelvuldig gebruik maakt van de bevoegdheid om ook den dag voor het tegenbewijs dadelijk bij het vonnis vast te stellen en dat in ieder geval de geest der wet, uit art. 203 blijkende, den rechter zooveel mogelijk alles zal doen vermijden wat den indruk van het verhoor zou kunnen verzwakken of uitwisschen. HARTOGH en COSMAN t. a. p. bl. 35. Dat de rechter, die verplicht is met de meest mogelijke en nauwkeurige kennis van zaken recht te spreken, de aansporing daartoe door den geest van een wetsartikel behoeft, zou ik nauwelijks durven onderstellen. Maar zeker zal het ook de plicht zijn der praktizijns om den rechter de vervulling van deze taak mogelijk te maken.

Dagvaarding der getuigen. Beteekening aan wederpartij.

De uitvoering van het vonnis vangt aan met de dagvaarding der getuigen en de beteekening van de namen en woonplaatsen der getuigen aan de tegenpartij.

De getuigen worden gedagvaard ten minste drie dagen voor den dag van het verhoor aan hun persoon of woonplaats. Woont de getuige op meer dan zes uren afstand van de plaats van het verhoor, dan wordt de termijn voor elke zes uren afstands met één dag vermeerderd. De dagvaarding maakt melding van het vonnis, van de plaats, den dag en het uur der verschijning, en van de feiten die bewezen moeten worden.

De beteekening van de namen en woonplaatsen der getuigen aan de tegenpartij geschiedt aan dezer woonplaats en alzoo bij haren procureur, ten minste drie dagen vóór het verhoor, met overgifte van een afschrift van het vonnis, indien deze niet reeds vroeger plaats had. Indien de wederpartij geen procureur heeft, dan geschiedt deze beteekening met de overgifte van afschrift van het vonnis aan haar persoon of woonplaats. Art. 200 j°. 105: verg. art. 106.

Dagvaarding van de getuigen en de opgave van hunne namen

en woonplaatsen aan de tegenpartij zijn de beide het verhoor voorbereidende maatregelen. Is de eerste onvermijdelijk, de laatste is noodzakelijk opdat de tegenpartij vóór het verhoor kunne overwegen de bezwaren die er tegen het hooren der aangewezen personen bestaan, ten einde deze te zijner tijd te doen gelden. In verband daarmede de termijn welke de beteekening aan het verhoor moet voorafgaan. In den C. de Pr. was de termijn voor de dagvaarding der getuigen op één dag bepaald. Art. 260, 408. Wanneer men hun de feiten beteekent die bewezen moeten worden, dan wordt ook hun terecht een langere termijn gegund om te overwegen wat hun van die feiten bekend is. Dat men ook hier met drie vrije dagen te doen heeft in den zin van art. 8 § 1, worde niet uit het oog verloren. De fransche wet verlengde evenwel den termijn naar den afstand met één dag voor drie myriameters. Onze wetgever behield die verlenging één dag rekenende voor zes uren afstand. Of die berekening van uren zuiverder of praktischer is dan die van mijlen laat ik daar, maar het is wel wat zonderling die berekening in het geheel hier toegepast te zien, nadat de Regeering bij de verandering, die zij in de termijnen van dagvaarding bracht, opmerkte: „dat men juist de bepalingen van het fransche recht ten deze niet heeft gevolgd, omdat dezelve te weinig stellig zijn, en naar eenen afstandwijzer moeten berekend worden, welke niet wel het onderwerp kan zijn van eene wet, zooals nogthans in dat systema, zoude behooren". V. D. HONERT op § 106 bl. 166.

OUDEMAN merkt (I, bl. 247) zeer juist op, dat het verschil der rechtspleging bij het kantongerecht maakt dat, door de verwijzing in art. 200 en 206 naar de bepalingen van art. 106 vy., welke laatste alzoo grootendeels op het getuigenverhoor ter terechtzitting in summiere en gewone zaken toepasselijk zijn gemaakt, de zaak niet geheel duidelijk wordt, daar de voorschriften van den tweeden titel op eene rechtspleging met procureurs moeten toegepast worden; en aan het eind van § 100, op bl. 252, raadt hij niet ten onrechte voorzichtigheid bij de toepassing van die bepalingen op de rechtspleging bij de hoogere collegiën aan. Doch, hoe voorzichtig men te werk ga, het zal moeilijk zijn alle uit die, wel eenvoudige, maar tegelijk weinig doordachte, verwijzing ontstaande bezwaren op te heffen. Het gebrek aan methode in de regeling van dit onderwerp werd bij de partiëele herziening van 1896 na-

tuurlijk niet verbeterd en de bezwaren, die daaruit ontstaan, zijn niet verminderd. Mij dunkt dat men bij de toepassing van de voorschriften van den II[den] titel, en dit komt vooral in aanmerking bij het onderwerp dat ik hier behandel, wel dezen regel zal moeten volgen, dat al wat bij 't kantongerecht van de partijen bepaald is en dáár natuurlijk terugslaat op de partijen in persoon, bij de collegiën voor de procureurs moet gelden. Uit de bepaling van art. 133 § 3 welke in verband art. 135 § 2 ook wel op den procureur des verweerders toepasselijk moet zijn en uit de geheele regeling van de procedure bij de collegiën blijkt, dat alles wat tot de instructie van het geding behoort door en tusschen de procureurs verricht wordt, terwijl, wanneer partijen in persoon moeten optreden of haar in persoon of aan de eigen woonplaats aanzeggingen of beteekeningen moeten worden gedaan, dit uitdrukkelijk gezegd wordt. Het gevolg daarvan zal zijn, dat de partijen zelve niet zóó in het getuigenverhoor betrokken worden, als dit naar den C. de pr. het geval was. Zoo zal de beteekening van de namen en woonplaatsen der getuigen, welke volgens art. 106 aan de partij moet geschieden, ten gevolge van art. 200 § 1 door den procureur der partij aan den procureur der wederpartij geschieden en alzoo bij akte van procureur tot procureur. De Code, welke de tegenpartij zelve wilde opgeroepen hebben om bij het verhoor tegenwoordig te zijn, wilde dat ook aan haar, al zij het aan haar bij den procureur gekozen domicilie, de namen en woonplaatsen der getuigen worden beteekend (art. 261) en dat dit niet bij akte van procureur tot procureur kon geschieden, daaraan twijfelen de fransche schrijvers niet. BOITARD n°. 491, GARSONNET II, p. 516. Nu kan evenwel aan art. 210 een bezwaar tegen mijne stelling worden ontleend, in zoover als daar met opzicht tot het verhoor voor een rechter-commissaris wordt voorgeschreven, dat het bevel met opgave van namen en woonplaatsen aan de wederpartij moet worden beteekend en dat deze beteekening zal geschieden *aan haren procureur*. Want, al is dat artikel als behoorende tot de bepalingen betreffende het verhoor door den rechter-commissaris, ingetrokken, het mag zeker nog wel dienen tot verklaring van bepalingen met welke het vroeger in de wet voorkwam. En nu *kan* uit dat art. 210 wel gelezen worden eene beteekening aan de partij zelve aan het door haar bij den procureur gekozen domicilie; daardoor zou dan de beteekening bij akte van procureur

tot procureur zijn uitgesloten. Dan zou men weder met grond kunnen beweren dat deze bepaling aanwijzing bevat, hoe bij de procedure met procureurs in het algemeen moet worden gehandeld. Doch noodzakelijk is die als mogelijk veronderstelde lezing van art. 210 zeker niet. Het is toch inderdaad iets anders wat de C. de pr. in art. 261 zegt: la partie — au domicile de son avoué en wat wij in art. 210 aantreffen: „aan den procureur der wederpartij". En zoo komt het mij voor dat OUDEMAN terecht voor de toepassing van art. 210 eene beteekening aangeeft bij akte van procureur tot procureur in Form. n°. 83; daarmede schijnt hij den door mij voor onze wet aangewezen regel te volgen. Daarentegen geeft v. D. HONERT onder n°. 96 een formulier voor eene beteekening ten verzoeke van de partij zelve gedaan aan den procureur der tegenpartij voor zijn principaal. De partij zelve bij procureursakte op te roepen om bij het verhoor tegenwoordig te zijn acht ik niet rationeel, maar die oproeping wordt in onze wet in het geheel niet voorgeschreven en kan dus achterwege blijven, al neemt OUDEMAN haar in het formulier op.

Art. 106 beveelt de beteekening van namen en woonplaatsen der getuigen aan de wederpartij, onafhankelijk van de omstandigheid of zij bij de uitspraak van het vonnis tegenwoordig geweest zij of niet en dat voorschrift werd bij de herziening van 1896 in eene veranderde redactie van het artikel behouden. De niet-tegenwoordigheid van de partij bij de uitspraak van het vonnis maakt alleen nog bovendien beteekening van dat vonnis noodzakelijk.

Stond deze bepaling geheel op zich zelve, dan ware er reden om het niet-tegenwoordig zijn bij de uitspraak te verstaan van het geval, dat de wederpartij, ofschoon aanvankelijk verschenen zijnde, de terechtzitting, waarop het vonnis werd uitgesproken, verzuimde. Dat de beteekening van namen en woonplaatsen ook dan moet geschieden is zeer rationeel en behoefde nauwlijks vermelding. Want het verzuimen van die terechtzitting brengt volstrekt niet mede, er is zelfs geen reden om het aan te nemen, dat de partij aan het proces verder geen deel zal nemen. Zij moet dus daartoe evengoed als wanneer zij verschenen was, in de gelegenheid gesteld worden. De toepassing van deze bepaling bij het geding voor de collegiën in art. 200 moet evenwel bevreemding wekken, indien de wetgever alleen aan het verzuimen der terechtzitting zou hebben gedacht.

Want dan zou het niet tegenwoordig zijn der partij moeten beteekenen: het niet verschijnen van haren procureur. En zonderling mocht het dan wel heeten, dat de wetgever in dit geval voorzag daar het zich toch niet anders zou voordoen dan wanneer de procureur niet voldeed aan de verplichting hem bij art. 30 Regl. III opgelegd om altijd bij de behandeling zijner zaken op de terechtzitting tegenwoordig te zijn. Nog vreemder zou het zijn, indien de wetgever, gelijk hij deed in art. 106, zooals het bij art. 200 (oud) toepasselijk was verklaard, voor dit geval de beteekening van het vonnis voorschreef. Wanneer wij dan verder in art. 210 bepaald vinden, hoe de beteekening van namen en woonplaatsen der getuigen moet geschieden, indien er geen procureur is, wat art. 261 C. de pr. uitdrukt met te zeggen: „indien de tegenpartij geen procureur gesteld heeft", dan moet daaruit volgen dat de wetgever met de niet-tegenwoordigheid van de partij in art. 106, en bijgevolg met de niet-tegenwoordigheid van haren procureur in art. 200, wel voornamelijk heeft op het oog gehad het geval dat de gedaagde wederpartij verstek had laten gaan, al zal het dan ook niet dikwijls voorkomen dat de kantonrechter een getuigenverhoor in verstek-zaken zal bevelen. Hij zal dit evenwel ook nog bij ons kunnen doen, daar hij den eisch niet anders mag toewijzen dan wanneer die hem noch onrechtmatig, noch ongegrond voorkomt. Zie Dl. II, bl. 212 3e dr. Al is nu art. 210, dat op deze vraag het vereischte licht deed vallen, bij de herziening ingetrokken, zoo mag het ook thans nog tot verklaring worden ingeroepen en de in 1896 herziene redactie van art. 200 § 1 versterkt mijne meening, nu zij uitdrukkelijk van de tegenwoordigheid van den procureur der wederpartij gewag maakt.

Maar nu ontstaat de vraag, zal die wederpartij die verstek liet gaan er wat aan hebben, aan die kennis van de namen en woonplaatsen der getuigen en van het vonnis hetwelk het getuigenverhoor beveelt? Al beveelt onze wet niet, als de fransche, dat zij moet worden opgeroepen om bij het getuigenverhoor tegenwoordig te zijn, het doel van de beteekening zal toch ook wel moeten zijn om haar daartoe in de gelegenheid te stellen! En zoo zien we dat de fransche processualisten CARRÉ, BONCENNE, THOMINE en CHAUVEAU een levendigen strijd hebben gevoerd over de vraag, omtrent de bevoegdheid of de verplichting van de wederpartij om, indien zij zou willen verschijnen bij het getuigenverhoor, vooraf procureur

te stellen. Maar dit kon geen vraag zijn, zoolang niet vaststond dat de wederpartij in het geheel bevoegd was, na 't verleend verstek nog in het geding op te komen. En dat zij die bevoegdheid miste werd uitmuntend betoogd door Mr. BINGER die in Themis 1874 bl. 59, 65, aantoonde, hoe de bepaling van art. 261 C. de pr., waarmede ons art. 210 verband hield, door een verkeerd begrepen traditie in den Code werd opgenomen en terecht kwam hij tot het besluit „dat het voorschrift van art. 210 § 2 ten aanzien van den defaillant alleen strekt tot vermeerdering van moeite en kosten, dat het slechts plichten oplegt, zonder den defaillant eenige rechten toe te kennen. Zeker was de rechtbank te Nijmegen bij vonnis van 24 Juni 1857, W. 1880 terecht van oordeel, dat de beteekening aan een defaillant geene rechtsgevolgen heeft, maar op grond daarvan aan te nemen dat zij in art. 210 § 2 niet bevolen zou zijn, was met de duidelijke woorden dier bepaling niet in overeenstemming te brengen. Dat de beteekening van art. 210 § 2 in geval van verstek geen rechtsgevolg heeft, wordt kort en duidelijk uit de bepalingen onzer wet over het verstek aangetoond door PENNINK in zijne aanteekening op art. 210. Zie ook v. D. HONERT—HEEMSKERK Formulierboek n°. 96 aant. f[3]. OUDEMAN I, bl. 252. Dat alles is nu evenwel door de nieuwe bepaling van art. 89*a*, betreffende de zoogenaamde purge van het verstek, bij de herziening van 1896 in de wet gebracht, veranderd. De onderstelling, welke aan art. 200 j° 106, zooals wij die uit het nu vervallen art. 210 toelichtten, ten grondslag ligt dat ook de partij die verstek liet gaan alsnog bij 't getuigenverhoor kan opkomen, is eene juiste vooronderstelling geworden, nu art. 89*a* aan den gedaagde, tegen wien verstek is verleend, de bevoegdheid toekent, om, zoolang ten profijte daarvan het vonnis nog niet gewezen is, ten dienende dage, d. i. hier op den dag waarop het getuigenverhoor zal gehouden worden, alsnog te verschijnen, waardoor de gevolgen van het tegen hem verleend verstek vervallen. Dat hij dan door een procureur verschijnen moet, spreekt van zelf en hij zal dit overeenkomstig art. 137 doen, bij de oproeping op de voor het getuigenverhoor bepaalde terechtzitting. *)

*) De bepaling van arf. 89*a* (nieuw) maakt natuurlijk eene andere beantwoording noodzakelijk van de vraag die ik in § 9S behandelde (verg. ook § 101 blz. 90 2de druk). Waar, gelijk hier, eene beteekening bevolen wordt aan eene partij die verstek liet gaan, wordt deze dan nog eens op nieuw uitgenoodigd om in het geding op te komen.

Bij de beteekening van namen en woonplaatsen der getuigen moet een afschrift van het vonnis worden overgegeven „ook al is", zegt de nieuwe redactie van art. 200, „de procureur der wederpartij bij het uitspreken van het vonnis tegenwoordig geweest". Dit slaat terug op het hier overigens toepasselijk verklaarde art. 106, hetwelk die overgifte alleen beveelt, „indien het vonnis niet uitgesproken is in tegenwoordigheid van de partij". Deze bepaling was, gelijk de Hooge Raad terecht oordeelde, bij arr. van 4 Februari 1854 W. 1539. eene uitzondering op het vroeger art. 66 § 1, hetwelk die overgifte, i. q. beteekening, in alle gevallen voorschreef. Nu bevatten artt. 106 en 200 eene uitzondering op het nieuw art. 66 doch in een anderen zin, daar dit de beteekeningen van de vonnissen, als het hier geldt, afschaft. Naar de vroegere bepalingen was de beteekening van een vonnis van getuigenverhoor in de beide gevallen, nl. zoowel indien de tegenpartij bij de uitspraak tegenwoordig was geweest of niet, alleen noodig bij het nu afgeschafte aan den rechter-commissaris opgedragen verhoor, omdat de termijn binnen welken het bevel tot dagvaarding der getuigen moest worden gevraagd van den dag der beteekening van het vonnis begon te loopen art. 208 (oud). Waarom dit nu in art. 200 voor alle getuigenverhooren voor het collegie bepaald is, blijkt niet. Bij Hartogh en Cosman wordt op art. 106 alleen opgemerkt dat art. 200 op dit punt een tegenovergesteld voorschrift bevat en op art. 200 dat dit voorschrift in tegenstelling met art. 106 hier (in art. 200) moest worden opgenomen. De wetgever voegt er nog bij in art. 106 dat die overgifte van afschrift, naar art. 200, niet behoeft te geschieden, zoo dit reeds vroeger is geschied. Het moet alzoo alleen geschieden bij de eerste beteekening van namen en woonplaatsen niet van nader naar aanleiding van art. 108*a* opgeroepen getuigen. Hartogh en Cosman op art. 106 t. a. p. bl. 36. De procureur die zich anders naar de woorden der wet gerechtigd kon achten, tweemaal een afschrift over te geven is nu gewaarschuwd dat hij de kosten voor eigene rekening houdt. Had men het afschrift van het vonnis niet kunnen beperken tot een uittreksel houdende tijd en plaats voor he getuigenverhoor bepaald en de daadzaken waarover het zal loopen

De dagvaarding der getuigen geschiedt bij deurwaardersexploit ten verzoeke van de partij zelve, aan welke het getuigenbewijs

werd opgelegd. De bepalingen van de 1e afd. van Tit. I zijn, voor zoover het onderwerp dezer dagvaarding het toelaat, ook hier toepasselijk. Wat daaromtrent in art. 105 bijzonders is voorgeschreven, aangaande den termijn en hetgeen in de dagvaarding moet vermeld worden, maakt, in geval van verzuim, de dagvaarding niet nietig (art. 120), en zoo zal, indien de termijn niet werd in acht genomen, door den rechter uitstel verleend kunnen worden om den getuige op nieuw op te roepen. Dit gevoelen komt mij althans met DE PINTO § 97, en OUDEMAN § 52 het meest aannemelijk voor.

§ 125. HET VERHOOR.

Het verhoor der getuigen heeft in den regel plaats op de terechtzitting. Waar?

De getuigen zijn verplicht daar te verschijnen, den eed of belofte te doen van de geheele waarheid en niet anders dan de waarheid te zullen zeggen en daarnà hunne verklaring af te leggen. Bij niet-verschijning of weigering om den eed of belofte te doen, of de verklaring af te leggen, volgt veroordeeling tot vergoeding van de schade daardoor veroorzaakt, onder de nadere bepalingen van artt. 116—118. Verplichtingen der getuigen.

De getuigen worden ieder afzonderlijk gehoord. Zij worden verhoord door den President, die aanvangt met hen hunne namen, voornamen, beroep, ouderdom en woonplaats te doen opgeven en voorts, of zij aan eene der partijen of haar echtgenoot zijn verwant en zoo ja, in welken graad; of zij echtgenoot van eene der partijen zijn of geweest zijn en eindelijk of zij loon- of huisbedienden van eene der partijen zijn. Hoe worden zij verhoord.

Redenen van onbevoegdheid en onbekwaamheid kunnen dientengevolge worden geconstateerd en redenen van verschooning voorgebracht. Ook kunnen daardoor redenen van wraking aan den dag komen. Welke deze evenwel mogen zijn, de partijen moeten de wraking voordragen vóór dat de getuigenis wordt afgelegd. De getuige wordt over de tegen hem ingebrachte reden van wraking gehoord en de rechtbank doet uitspraak zonder hooger beroep. Wordt de wraking gegrond verklaard, dan wordt de getuige niet gehoord.

De getuigen leggen hunne verklaringen mondeling af; zij mogen geen geschreven opstel voorlezen. De partijen mogen de getuigen niet in de rede vallen, maar de Voorzitter kan aan den getuige,

na het afleggen van zijn getuigenis, op verzoek van partijen of ambtshalve, zoodanige vragen doen als hij noodig oordeelt.

Voortzetting van het verhoor. Kunnen de getuigen niet allen op ééne terechtzitting worden gehoord, dan bepaalt het collegie de voortzetting van het verhoor op eene nadere terechtzitting met aanwijzing van dag en uur. De getuigen worden daartoe niet op nieuw gedagvaard en de procureur der tegenpartij, al ware hij bij het verhoor niet tegenwoordig, wordt niet op nieuw opgeroepen. Indien een getuige, behoorlijk opgeroepen, niet verschijnt, of indien hij weigert te antwoorden, of ook indien een getuige gewraakt is geworden, kan de belanghebbende partij aan den rechter een naderen termijn verzoeken. Art. 200 j[is] artt. 116—118, 109, 107, 108, 108*a*, 114.

Het hooren der getuigen op de terechtzitting is regel, thans veel algemeener dan volgens het Wetboek van 1838. Toen hing het, doch alleen in zaken van gewone behandeling, van den rechter af, of verhoor op de terechtzitting of verhoor door een door hem daartoe benoemden rechter-commissaris zou plaats hebben. Art. 204 (oud). In summiere zaken mocht opdracht aan een rechter-commissaris alleen plaats hebben ten aanzien van getuigen die „te ver verwijderd wonen of verhinderd worden om te kunnen opkomen". Art. 200 § 2. Is voor dit laatste geval de tusschenkomst van een gedelegeerden rechter onvermijdelijk, de wetgever had, door in g e w o n e zaken de benoeming van een rechter-commissaris aan 't oordeel des rechters over te laten, getoond meer dan de fransche wetgever, die in g e w o n e zaken opdracht aan een rechter-commissaris gebiedend voorschreef, te hechten aan het opnemen der getuigenissen door den tot oordeelen geroepen rechter zelven, een beginsel dat in het Ontwerp 1865 absoluut gehuldigd wordt. Zie Mem. van Toel. bl. 147 v. In die richting bewoog de wetgever zich bij de herziening van 1896 voort, toen hij met de afschaffing van de onderscheiding der behandeling in gewone en summiere zaken, de opdracht van het verhoor aan een rechter-commissaris, behalve in het geval van art. 200 § 2, geheel afschafte en alzoo het Ontwerp van 1865 op dit punt volgde. Hij meende aan het voordeel, dat het hooren van getuigen door den tot oordeelen geroepen rechter zelven voor de juistheid zijner rechtspraak oplevert, te moeten opofferen de bespoediging van de afdoening der gedingen, waartoe o. a. de opdracht van het getuigenverhoor aan een rechter-

commissaris kan leiden. De behoefte, welke de praktijk hieraan had geopenbaard door ook in summiere zaken de opdracht aan een rechter-commissaris in strijd met de wet toe te passen, kwam hem alzoo niet gerechtvaardigd voor. Hij meende dat de vertraging kon voorkomen worden door des noodig het aantal leden der rechtbanken te vergrooten. De bespoediging echter, die het gevolg is van de vrijere beweging, welke één rechter zich veroorloven kan in vergelijking met een collegie, zal mogelijk wel gemist worden. Doch het straks genoemde voordeel is overwegend te achten. Reeds werd door TOULLIER de ondoelmatigheid van het verhoor door een rechter-commissaris aangewezen en de fransche schrijvers over de hervorming der procedure veroordeelen haar eenstemmig. Zie o. a. BORDEAUX Philosophie p. 542, REGNARD de l'organ. jud. etc. n°. 455, SELIGMAN Réforme de la procédure p. 196 vv., LAVIELLE Etudes sur l'administration de la justice p. 97, het ontwerp van herziening van den Code de proc. van 1866 in de toelichting op tit. X van B. II. GARSONNET § 342. Bij de beraadslaging over het voorstel HARTOGH in de Tweede Kamer werd de noodzakelijkheid van het hooren der getuigen door het collegie zelf algemeen erkend.

Zal, bij de zoo bepaalde aanwijzing van de plaats waar de getuigen moeten worden gehoord, en de uitsluiting van art. 121 in art. 200, een getuigenverhoor door het collegie kunnen worden afgenomen op de plaats waarover geschil wordt gevoerd? De Rechtbank te Zwolle zag daarin geen bezwaar. Zie haar vonnis van 2 Januari 1895 W. 6627.

De terechtzitting placht gehouden te worden met gesloten deuren. Dit was althans de toepassing, welke in de praktijk door de jurisprudentie van den H. Raad gesteund, gegeven werd aan de bepaling van art. 205 § 3 (oud). Zie Dl. I, bl. 109. Men schijnt zich moeilijk te hebben kunnen voorstellen, dat die bepaling tot zaken van gewone behandeling zou moeten worden beperkt. En zeker, wanneer de wetgever, bij het opnemen van die bepaling de reden die daarvoor door de tweede afdeeling van de Tweede Kamer, welke haar voorstelde, werd opgegeven, geacht moest worden te hebben gedeeld, dan is er voor hare beperkte strekking geen gegronde reden aan te voeren. „Publiciteit kon hier slechts nadeel, nimmer voordeel aanbrengen" zeide men. V. D. HONERT op § 204. Doch dan moest men ook afzien van het verband waarin de bepaling geplaatst is. Niet met de twee voorgaande leden van

art. 205 (oud), want daartoe beperkt, verliest het voorschrift alle beteekenis, maar met het art., waarin de afdeeling der Tweede Kamer die de bepaling wenschte, haar verlangde opgenomen te zien, nl. art. 204 (oud), houdt het voorschrift verband. De beperking tot gewone zaken zou hare verklaring daarin vinden, dat daar tot dusverre door de verplichte opdracht van het getuigenverhoor aan een rechter-commissaris altijd de openbaarheid was uitgesloten geweest. Bewijst reeds deze omstandigheid en het verband van art. 205 § 3 met art. 204 dat de wetgever niet verder wilde gaan, daar komt nog bij dat, terwijl de regeling van het getuigenverhoor in de eerste plaats voor de kantongerechten is gegeven, dáár niets op een uitsluiting van openbaarheid der terechtzitting, waarop het getuigenverhoor gehouden wordt, wijst, art. 109; voorts dat in art. 200 naar die bepalingen zonder eenig ander voorbehoud, dan wat art. 119 en 121 betreft, voor de behandeling van summiere zaken bij de collegien wordt verwezen, terwijl dit evenzeer plaats heeft voor de gewone zaken in art. 206 (oud), nadat omtrent deze vooraf eenige bijzondere bepalingen, en daaronder die omtrent het houden van getuigenverhoor in eene zitting met gesloten deuren, art. 202—205, waren gemaakt. De uitdrukkelijke bepaling omtrent het verhoor der getuigen in eene zitting met gesloten deuren in zake van echtscheiding en scheiding van tafel en bed, artt. 828 en 826, zal zeker de beperkte beteekenis van art. 205 § 3 eer steunen dan verzwakken. Weegt dit alles niet op tegen eene gevolgtrekking uit eene ongemotiveerde stelling van eene afdeeling der Tweede Kamer die, in zich zelve uiterst problematiek, in ieder geval in strijd is met den geest die den wetgever bezielde bij de vaststelling van het artikel omtrent de openbaarheid der terechtzittingen, art. 20 R. O., 18 B. R.? Ik kan alzoo niet anders oordeelen dan dat de rechtspraak in dezen niet als orgaan der wet is opgetreden maar de taak des wetgevers op zich nam en zich daarbij aan eene anomologie schuldig maakte. Verg. DE PINTO § 153, OUDEMAN bl. 251, voorts de toelichting van het Ontwerp bl. 150 op art. 37. De herziening van 1896 nam, door het schrappen van art. 205 met de andere bepalingen over zaken van gewone behandeling, het eenige steunpunt dat het houden van de zitting met gesloten deuren had, weg. Zoo zal dan nu ook in het burgerlijk geding de openbaarheid der gedingen, ook wat het getuigenverhoor betreft, gehuldigd worden.

De dwangmiddelen, welke volgens artt. 116 en 117 tegen onwillige getuigen kunnen worden aangewend, bestaan in 1°. veroordeeling tot vergoeding der vergeefs aangewende kosten en de kosten der nieuwe dagvaarding; 2°. veroordeeling tot vergoeding van „de schade en interessen der partijen" behalve de wederom vergeefs aangewende kosten bij niet-verschijning op de herhaalde dagvaarding; 3°. het bevel des rechters dat de ingebreke gebleven getuige door de openbare macht (welke hier vertegenwoordigd wordt door een deurwaarder, onmiddellijk zijn last van den rechter ontvangende) voor hem gebracht worde; 4°. gijzeling, van den getuige die weigert de verklaring af te leggen, welke de rechter op verzoek der belanghebbende partij kan bevelen, wanneer hij, na herhaalde dagvaarding verschenen of, waaraan wel vooral gedacht zal moeten worden, door de openbare macht voor den rechter is gebracht, tot zoolang hij weigerachtig blijft om aan zijne verplichting te voldoen.

Veroordeeling tot vergoeding der vergeefs aangewende kosten en „in schade en interessen der partijen" schijnt, bij tegenstelling van de gijzeling, door den rechter ambtshalve te geschieden. De gijzeling, die op kosten van de gedingvoerende partij plaats heeft, kon daarom niet wel buiten haar om bevolen worden. Waarin „de schade en interessen der partijen" in deze kunnen bestaan, is mij niet duidelijk. Immers is 't wel noodig om te weten wat de getuige verklaard zou hebben, om te bepalen of en welke schade het niet afleggen van getuigenis heeft veroorzaakt. Zou de wetgever hier niet beter van eene vergoeding in geld hebben gesproken? De C. de Pr. wees den rechter hier den weg door het bedrag te bepalen „à une somme qui ne pourra être moindre de dix francs au profit de la partie à titre de dommages et intérets", wat GARSONNET II, p. 524 terug geeft met de woorden „pour réparation du préjudice que leur défaut est présumé lui causer". Zie ook wat hij dáarbij aanteekent over het verband van deze bepaling met artt. 1381 en 1383 C. Civ.

Overigens zijn de hier vermelde dwangmiddelen, behalve de gijzeling, te beschouwen als een uitvloeisel van die „modica coërcitio" welke de rechter tot handhaving van zijn gezag in de vervulling der hem opgedragen taak noodig heeft. Daartoe behoorde ook de boete welke de rechter den niet verschenen getuige kon opleggen. Zoowel het gering bedrag dier boete als de verdubbeling

bij niet-verschijning op een tweede dagvaarding (*f* 25 en *f* 50) bevestigen dat karakter van dit dwangmiddel. Die boeten zijn evenwel vervallen door de bepalingen van het nieuwe Wetb. van Strafrecht, art. 192 n°. 2 en art. 444 in verband met art. 3*d* der Inv. wet, en noodzakelijkerwijze ook de oplegging van die boete door den burgerlijken rechter. Zie Dl. I, bl. 87. Wij hebben hier nu te doen met misdrijven tegen- of overtredingen betreffende het openbaar gezag. Van eene ontheffing van de veroordeeling tot boete, waartoe art. 118 den burgerlijken rechter bevoegdheid gaf, kan dan ook geen sprake meer zijn. Door den strafrechter veroordeeld kan de onwillige getuige, door nu tot afleggen der verklaring over te gaan, zich niet van die veroordeeling maar alleen van de andere, welke wij straks zagen dat door den burgerlijken rechter kunnen worden uitgesproken, ontheffen.

Mocht er een strafvonnis op grond van art. 192 n°. 2 of 444 Swb. gewezen zijn of op de vervolging deswege een vrijspraak zijn gevolgd, dan zal de burgerlijke rechter bij de toepassing van art. 118 op de artt. 1955 en 1956 B. W. hebben te letten.

De getuigen worden ieder afzonderlijk gehoord. Dat moet wel beteekenen, de een na den ander en buiten tegenwoordigheid van de anderen. Daar is reden voor, indien men wil voorkomen dat het getuigenis van den een invloed oefene op dat van den ander. Daardoor wordt evenwel eene confrontatie van den eenen getuige met den anderen, waarvan het voordeel niet te miskennen valt, uitgesloten. Alleen zal de rechter, naar aanleiding van de door den getuige afgelegde verklaring, een reeds gehoorde nader kunnen hooren, doch niet dan afzonderlijk.

Art. 48 Regl. I belast den President met de handhaving der orde en daardoor met de leiding der terechtzittingen. Wat de wet in meer dan eene bij de gerechten toepasselijk verklaarde bepaling van den kantonrechter verlangt, zal bij de collegiën door den President verricht moeten worden.

De opgaven welke de President van de getuigen, voor dat zij hunne verklaringen afleggen, volgens art. 107 moet vragen, kunnen meer dan eene reden van onbevoegdheid, verschooning of onbekwaamheid doen kennen. Waarom daar, in verband met de bepaling van art. 1947 B. W., niet van de betrekking van echtgenoot en in verband met art. 1946 n°. 2 en 1950 n°. 2 B. W.

niet van verwanten van den echtgenoot wordt gesproken is niet te zeggen; het is echter even zeker dat de President ook daarnaar vragen mag. Zie in den tekst. Redenen van onbevoegdheid, art. 1947 B. W., kunnen ambtshalve worden geconstateerd, evenzoo de onbekwaamheid op grond van leeftijd. Van onder curateelestelling zal de belanghebbende partij kunnen doen blijken ten einde de eedsaflegging van deze onbekwamen worde voorkomen. Naar aanleiding van geconstateerde verwantschap tot partijen of hare echtgenooten kunnen de getuigen zich beroepen op de bevoegdheid om zich te verschoonen, art. 1946 n°. 1 en 2. Dit een en ander kan dadelijk tot klaarheid worden gebracht. Berust de reden van verschooning op eene betrekking die tot geheimhouding verplicht, dan zal, wanneer hare toelating van nader bewijs afhankelijk is, de gelegenheid daartoe aan den getuige desnoods op eene nadere terechtzitting verleend moeten worden.

Wat de wraking betreft, onderstelt de wet dat partijen de redenen en de daarop gegronde wraking mondeling voorstellen. De procedure voor de kantongerechten, voor welke de hier toepasselijke bepalingen in de eerste plaats geschreven zijn, laat geene andere onderstelling toe. Er bestaat geen reden waarom bij de gerechten de voordracht van de wraking op eene andere wijze zou plaats hebben, behalve dat natuurlijk hier de procureur voor de partij optreedt. Ook onderstelt de wetgever, dat, nadat de getuige over de reden van wraking is gehoord, de rechter onmiddellijk uitspraak doet. Art. 108 § 1. Zal daarvan het gevolg zijn, dat, indien de partij die de wraking voorstelt, niet onmiddellijk met het bewijs daarvan gereed is, de wraking zal moeten worden afgewezen? Dit is moeilijk aan te nemen; de rechter zal althans wel de bevoegdheid hebben het leveren van bewijs op een nadere terechtzitting toe te laten. De C. de pr. voorzag hierin op niet ondoelmatige wijze door de wraking niet-ontvankelijk te verklaren, tenzij schriftelijk bewijs onmiddellijk geleverd of bewijs door getuigen met opgave van dezen aangeboden wordt, art. 289. Zoo blijft de wraking, waarover de uitspraak wel niet tot hooger beroep maar toch tot cassatie aanleiding kan geven, daar zij in zich zelven geen reden van bestaan heeft, niet veel meer dan een obstructiemiddel dat evenwel in den strijd tegen obstructie bij de herziening van 1896 niet mocht begrepen worden.

Dat een getuige niet gehoord wordt, indien de wraking wordt

geidig verklaard (art. 108 § 2) zou waar zijn zonder uitdrukkelijke bepaling. Naar het fransche recht (art. 282) werd een bij verhoor voor den rechter-commissaris gewraakte getuige wèl gehoord en eerst later door de rechtbank over de geldigheid der wraking uitspraak gedaan. Wellicht houdt de uitdrukkelijke bepaling van art. 108 § 2 daarmede verband.

Bestaan er geen redenen van onbevoegdheid, onbekwaamheid of verschooning en heeft er geen wraking plaats, dan wordt van den getuige, nà de beantwoording alzoo der hem gedane vragen, vermeld in art. 107, de eed of belofte afgenomen. Dit heeft alleen geen plaats, wanneer de in art. 1949 B. W. onbekwaam verklaarde personen niettemin tot toelichting worden gehoord.

Het is niet te ontkennen dat er eenige aanleiding bestaat om uit art. 107 af te leiden dat eerst de eed moet worden afgelegd en daarna de vragen gedaan, omdat de wetgever het eerst van den eed spreekt. Maar om met DE PINTO II, bl. 207 aan te nemen dat dit daarom uit de duidelijke woorden der wet volgt, daarvoor ontbreekt in het tweede lid het woordje daarna. Het zou ook zoo wezen, wanneer het art. gesteld was, zooals V. D. HONERT het in § 107 terug geeft, waar hij het tweede lid aan het eerste verbindt met „voorts". Nu beslissen de woorden van het art. de vraag niet in dien zin. Art. 107 verlangt den eed of belofte van de getuigen, alvorens hunne getuigenis af te leggen en daaraan wordt voldaan ook wanneer de vragen van § 2 aan de eedsaflegging voorafgaan. Want deze behooren niet tot het getuigenis. Dit betreft de feiten in geschil. Daaromtrent alleen zal het bewijs kunnen opleveren. Verder, welke is de strekking der vragen? in de eerste plaats om den rechter te doen blijken dat hij den als getuige geroepene voor zich heeft. Bij de collegien kon daartoe wel de voorstelling door den procureur voldoenden waarborg opleveren, maar de bepaling van art. 107 is in de eerste plaats voor den kantonrechter geschreven. Zal de rechter nu maar zoo den eerstkomende den eed afnemen zonder te vragen wie hij is? wat zal de griffier van die eedsaflegging opschrijven? Strekken niet de verdere vragen om, gelijk ik reeds opmerkte, redenen van onbevoegdheid, onbekwaamheid, verschooning en wraking te doen uitkomen? En waartoe zal eene eedsaflegging dienen als dergelijke redenen worden aangenomen? Hoe zal de eedsaflegging ongedaan gemaakt worden, als uit de daarna gedane beantwoording komt

te blijken dat de getuige den leeftijd niet heeft om onder eede te worden gehoord? Bij mij bestaat geen twijfel dat de woorden der wet den uitlegger niet verbieden om aan deze bepaling een redelijken zin te geven. Art. 35 C. de pr. was beter gesteld. OUDEMAN I, bl. 144.

Mondelinge verklaring, geen geschreven opstel. Er is geen waarborg dat zoodanig opstel den getuige niet in de hand zou zijn gegeven. Wordt daarom het gebruik maken van schriftelijke aanteekeningen met toestemming van den rechter, zooals dit bepaald wordt in het Ontwerp, art. 39, uitgesloten? Ik zou het niet denken, doch eene uitdrukkelijke bepaling niet overbodig achten. Ook geeft het Ontwerp terecht aan partijen de bevoegdheid om zelve vragen tot de getuigen te richten en wil het alleen, op het verzet van de tegenpartij over de toelating der vragen door den rechter doen beslissen. De leiding van het verhoor, welke aan den rechter toekomt, brengt niet mede dat hij ambtshalve verhindert het doen van vragen welke partijen tot het aan het licht brengen van de waarheid dienstig achten, gelijk thans naar art. 109 § 2 het geval is. Overigens acht ik het een juiste onderstelling des wetgevers dat het getuigenis een verhaal of mededeeling bevat van hetgeen de getuige van de zaak weet. Men moet hem rustig zijn verhaal laten doen; partijen mogen hem niet in de rede vallen; den rechter staat het vrij hem zoo noodig bij de zaak te houden; vragen worden hem eerst gedaan nadat hij heeft uitgepraat. Zoo kunnen suggestieve vragen voor een goed deel vermeden worden. — Zal de beslissing over het al of niet toelaten van eene vraag uitsluitend aan het oordeel van den President zijn overgelaten, zoodat zelfs indien een der leden van het collegie verlangen mocht dat eene vraag gedaan werd, de President dit zou kunnen weigeren? Neen! de President moge de leiding hebben der terechtzitting en mitsdien ook van het verhoor, de bepaling van art. 109 moge in art. 200 eenvoudig toepasselijk zijn verklaard, de leiding kan niet meebrengen dat de President het verhoor beheerscht. Het verhoor moet iederen rechter inlichten. Voor zijne inlichting kan de een eene vraag onnoodig, een ander die dienstig achten; de in art. 109 aan den rechter toegekende bevoegdheid om vragen te doen zal wel aan ieder rechter moeten toekomen, en de President die vragen zelf moeten doen of den rechter daartoe het woord verleenen. Zeer juist is de bepaling welke het Ontwerp daarover in art. 41 bevat.

De bepaling van art. 114 omtrent het voortzetten van het getuigenverhoor had korter gesteld kunnen worden. Het ware voldoende geweest om te zeggen: „indien de voortzetting van het getuigenverhoor tot eene nadere terechtzitting wordt uitgesteld, zal" enz. Doch ook wat er dan niet behoeft gedaan te worden volgt reeds uit art. 13. Nu moet er alleen uit volgen dat van deze gelegenheid geen gebruik kan worden gemaakt om nog andere getuigen te hooren, die toch niet anders dan op dagvaarding zouden kunnen verschijnen. Ook komt door deze bepaling duidelijk uit dat de bij het vonnis bepaalde termijn een wat men noemt peremtoire termijn is, zoodat de partij welke het vonnis verkreeg volstrekt aan dien termijn gebonden is. Alleen als men 't op dien bepaalden dag niet afkan, mag ook nog op een anderen dag het verhoor, bij voortzetting, gehouden worden. Toch kan dit alleen toepasselijk zijn op de partij welke bewijs heeft te leveren; voor die welke getuigen wil doen hooren tot tegenbewijs kan het alleen gelden als zij daartoe al dadelijk eveneens getuigen gedagvaard had. Deed zij dit niet, dan zal zij de bevoegdheid tot het leveren van tegenbewijs, waartoe zij in den regel eerst in staat zal zijn als het verhoor der getuigen tot bewijs heeft plaats gehad, zeker niet verliezen en aan den rechter een naderen dag kunnen vragen tegen welken zij hare getuigen kan doen dagvaarden. Voor de bevoegdheid om tegenbewijs te leveren is geen uitspraak des rechters noodig. Deze heeft de tegenpartij van rechtswege door de toelating van de andere tot bewijs. Maar al mag zij van den voor het getuigenverhoor tot bewijs bepaalden dag gebruik maken, zij kan dit in den regel niet, omdat zij vóór den afloop van dat verhoor niet weet of 't noodig zal zijn en zoo is haar nergens verboden voor zich een getuigenverhoor te vragen. De wetgever erkende dit door het in art. 216 (oud) voor het verhoor bij een rechter-commissaris opzettelijk te regelen; het moest wel algemeen gelden. Dus oordeelden ook de schrijvers en de jurisprudentie bij Oudeman bl. 144 n^t. 3. De wetgever heeft zich met dit gevoelen vereenigd, door de bepaling van art. 216 (oud) tot eene algemeene bepaling te maken en in art. 104 bij de herziening van 1896 op te nemen de bepaling dat het voor het tegenbewijs noodige verhoor wordt gehouden op de plaats, den dag en het uur, bij het vonnis of dadelijk na afloop van het verhoor der voor het bewijs gehoorde getuigen te bepalen.

Ik noemde den in het vonnis bepaalden termijn een peremtoiren

termijn. Indien een der partijen uitstel van den voor bewijs of tegenbewijs bepaalden termijn verzoekt wordt, volgens art. 104, dit incident dadelijk beslist zonder dat tegen die beslissing eenige voorziening is toegelaten. Op het peremtoire karakter van den termijn kan ook inbreuk gemaakt worden in geval een getuige, behoorlijk opgeroepen, niet verschijnt, of indien hij weigert te antwoorden of ook indien een getuige is gewraakt geworden. In die gevallen kan toch de belanghebbende partij aan den rechter een naderen termijn verzoeken. Deze bepaling, welke in het Wetboek 1838 alleen voor het verhoor bij den rechter-commissaris in art. 217 geschreven was, is bij de herziening van 1896 in art. 108*a* opgenomen.

Maakt zij alleen inbreuk op het peremtoir karakter van den termijn, of heeft zij de strekking om nog andere getuigen te hooren? Het was m. i. duidelijk dat art. 217 (oud) niet anders was dan de toepassing van art. 117, hetwelk eene herhaalde dagvaarding van den afwezig gebleven of weigerachtigen getuige onderstelt en derhalve een naderen termijn noodzakelijk maakt en voorts voorziet in het geval dat een wraking was voorgesteld en niet beslist, aangezien de rechter-commissaris de beslissing daarover naar de rechtbank moest verwijzen, indien partijen deze niet van hem verlangden. Art. 214 (oud).

Intusschen had de Hooge Raad een anderen uitleg aan art. 217 gegeven en, niettegenstaande zeer goed gemotiveerde uitspraken der lagere collegien en de conclusie van den adv.-gen. GREGORY, bevestigend beantwoord de vraag of, indien wraking van een getuige was geldig verklaard, op grond van art. 217 nadere d. i. nog andere getuigen kunnen worden gehoord. De jurisprudentie nam, niettegenstaande 's Hoogen Raads arrest, in vele gevallen het tegendeel aan. Ik heb niets te voegen bij de uiteenzetting van dit strijdpunt naar aanleiding der jurisprudentie gegeven door Mr. OUDEMAN in Opmerk. en Meded. van Ned. Recht XVI (1865) bl. 24—37. De schrijver besluit zijn opstel met de thans vooral uiterst merkwaardige woorden: „De voorgenomen herziening van het W. v. B. R. zal gelegenheid geven deze moeilijkheid en dit verschil door eene duidelijke bepaling weg te nemen". De ontwerper van 1865 had evenwel de bepaling niet noodig, maar op eene bedenking van de Commissie van Voorbereiding voor het voorstel HARTOGH werd eene bepaling als van art. 217 (oud) in

art. 108*a* opgenomen, omdat zij thans in de praktijk, bij analogie naar aanleiding van het getuigenverhoor voor den rechter-commissaris, ook bij die voor den kantonrechter en de rechtscollegien wordt in toepassing gebracht. Zie het Verslag op art. 15. Het ware zeker niet overbodig geweest het doel van den naderen termijn, indien dit althans ook moet zijn om andere getuigen te doen hooren, in het artikel op te nemen. Als de bepaling nù voor het geval van wraking iets beteekenen zal, moet zij wel in dien zin opgevat worden. Het rekken van het proces zal zij echter eer bevorderen dan tegengaan.

Proces-verbaal. *a.* Wanneer? Inhoud.

De griffier maakt, in zaken aan hooger beroep onderworpen een proces-verbaal van het verhoor op. De verklaringen der getuigen worden daarin in haar geheel opgenomen. Het proces-verbaal wordt aan ieder getuige voorgelezen, voor zoover het de door hem afgelegde verklaring betreft. Hij zal in die verklaring zoodanige veranderingen en bijvoegingen mogen maken, als hem goeddunkt; deze worden onder of op den kant van zijne verklaring in het proces-verbaal opgenomen. De getuige moet zijne verklaring onderteekenen; verklaart hij niet te kunnen teekenen dan wordt daarvan door den griffier melding gemaakt.

Het proces-verbaal wordt door den Voorzitter van het collegie en den griffier onderteekend.

Wanneer niet?

In zaken, die in het hoogste ressort worden beslist, wordt geen proces-verbaal opgemaakt, maar het vonnis zal, — behalve de antwoorden op de vragen, welke vóór het afleggen van getuigenis door den Voorzitter aan den getuige moeten worden gedaan, de voorgestelde wrakingen en de antwoorden daarop, — den korten zakelijken inhoud der afgelegde getuigenissen moeten bevatten.

Schadeloosstelling der getuigen.

Indien een getuige schadeloosstelling vordert, wordt het bedrag daarvan door den Voorzitter begroot op het afschrift der dagvaarding. In het proces-verbaal wordt daarvan melding gemaakt.

De kosten van meer dan vijf getuigen over hetzelfde feit, kunnen aan de wederpartij niet in rekening gebracht worden. Art. 200, j^is^ artt. 111, 110, 113, 115.

P r o c e s - v e r b a a l. Dat in zaken aan hooger beroep onderworpen

een proces-verbaal wordt opgemaakt, waarin de verklaringen der getuigen in haar geheel moeten worden opgenomen, is volkomen juist. Op die wijze alleen zal de hoogere rechter van het getuigenverhoor dien indruk kunnen bekomen, welke een door een ander afgenomen en overgebracht verhoor in staat is te geven. Dat de noodzakelijkheid van zoodanig proces-verbaal vervalt, wanneer de rechter die het verhoor afnam alleen tot oordeelen geroepen is, laat zich hooren; voor een collegie dat het verhoor tot grondslag van zijne beraadslagingen moet maken, deugt de bepaling evenwel niet al komt zij ook voor in art. 410 C. de pr. Dat, waar geen proces-verbaal is opgemaakt, de korte zakelijke, summiere zegt de wet, inhoud der verklaringen in het vonnis moet worden opgenomen is een eisch ter voldoening aan de bepaling van art. 59 n°. 3 hetwelk de gronden van de beslissing ook wat de daadzaken betreft in het vonnis verlangt opgenomen te zien. Wanneer het vonnis dan ook werkelijk dien korten zakelijken inhoud der verklaringen teruggeeft, zullen de kosten van het proces-verbaal welke de wetgever vermeden wil hebben, werkelijk vermeden worden. Indien evenwel het vonnis een breed relaas van de verklaringen geeft en zoo goed als den inhoud der verklaringen in haar geheel bevat, zal de wetsbepaling voor een goed deel haar doel missen. Waarom nu evenwel het proces-verbaal, of liever de verklaring zooals zij daarin in haar geheel is opgenomen, aan den getuige wordt voorgelezen en hem de gelegenheid wordt gegeven daarin veranderingen of bijvoegingen te maken, terwijl de summiere inhoud der verklaring niet aan zijn oordeel wordt onderworpen, is niet duidelijk. Het is voor den getuige niet alleen, maar ook voor het bewijs dat zijne verklaring zal opleveren, van het grootste belang te weten, wat de rechter zich voorstelt van hem te hebben vernomen. Is daartoe de voorlezing van de afgelegde verklaring een uitnemend middel, indien de voorlezing althans op duidelijke en verstandelijke wijze plaats heeft, bij het opnemen van haren summieren inhoud is eene contrôle zeker niet minder noodzakelijk. De President zal wèl doen, na het afleggen van het getuigenis, den inhoud daarvan kort saam te vatten en den getuige op nieuw voor te houden of daarop zijne verklaring neerkomt. Want het verdient opmerking dat de wetgever aan den getuige zoo ruim mogelijk de bevoegdheid geeft om daarin zoodanige veranderingen en bijvoegingen te maken als hem goeddunkt, zoodat alleen datgene onder eede als

waarheid is verklaard, wat de getuige, na de voorlezing gehoord te hebben, als door hem verklaard wil beschouwd hebben.

De schadeloosstellingen, waarop de getuigen wegens gemis aan verdiensten, tijdverlies en reiskosten, aanspraak kunnen maken, worden nog altijd volgens de bepalingen van het voor meer dan 50 jaren vastgestelde Tarief, artt. 65 en 66, onder nadere begrooting van den rechter aangewezen. Wat naar art. 113 aan den kantonrechter is opgedragen zal bij de collegiën door deze moeten geschieden; arg. art. 61 tarief: „ter beoordeeling van den rechter welke het onderzoek heeft bevolen". De getuige krijgt tot bewijs van die begrooting eene vermelding daarvan op het afschrift der dagvaarding en zal daarop betaling ontvangen van den procureur der partij die hem deed oproepen. Is er een proces-verbaal van het verhoor opgemaakt dan wordt de toegekende schadeloosstelling daarin vermeld. Waar geen procesverbaal opgemaakt werd, zal het gemis dezer vermelding weinig uitmaken.

De partij die in de kosten veroordeeld wordt heeft ze natuurlijk aan de tegenpartij die de kosten maakte te vergoeden of houdt ze te haren laste. Altijd houdt zij evenwel te haren laste de kosten van getuigen die zij boven de vijf over hetzelfde feit heeft doen hooren. Dit is dunkt mij duidelijk de bedoeling van art. 115; wil men toegeven aan het „jus civile calumniari" en het „verba captare" waartegen de romeinsche jurist zoo terecht waarschuwt, dan zou men kunnen beweren dat de kosten van ten minste zes in rekening kunnen worden gebracht. Men leze: dier in plaats van: der. Eene redactie als ik in den tekst opnam, voorkomt zelfs den lust tot zulk een grammaticale woordenzifterij. Ofschoon de Regeering indertijd deze bepaling alleen met het oog op de kantongerechten verdedigde („ten oogmerk hebbende om voor de partijen bij de kantongerechten noodelooze kosten te besparen". v. d. Honert op § 115 bl. 236) is zij ook bij de collegiën toepasselijk verklaard. Art. 200. Men verlieze niet uit het oog 1°. dat de getuigen, voor welke de kosten niet worden in rekening gebracht over hetzelfde feit moeten gehoord zijn, zoodat het aantal getuigen, indien meer feiten te bewijzen zijn, volstrekt niet tot vijf wordt beperkt; 2°. dat wanneer eene partij de kosten er voor over heeft, zij ook over een zelfde feit, zooveel getuigen mag dagvaarden als

zij verkiest; 3°. dat getuigen, die om een of andere reden niet zijn toegelaten, niet meêtellen, maar dat zij altijd blijven ten laste van de partij die ze te vergeefs opriep. Verg. OUDEMAN I, bl. 148.

§ 126. I. HET VERHOOR DOOR EEN GEDELEGEERDEN RECHTER; II. DE ROGATOIRE COMMISSIE.

I. Het verhoor heeft niet altijd plaats op eene terechtzitting van het collegie. Is toch een getuige verhinderd te komen of woont hij op een te verren afstand van de plaats waar het collegie zijne terechtzittingen houdt, dan moet de rechter zich wel tot hem begeven. **Gedelegeerde rechter. Gevallen waarin.**

In geval van verhindering draagt dan het collegie het verhoor van den getuige aan een daartoe gedelegeerden rechter op, hetzij aan een zijner leden (rechter-commissaris) hetzij aan den kantonrechter van de woonplaats van den getuige en neemt de gedelegeerde rechter het verhoor af in des getuigen woning.

In geval van te verren afstand wordt de getuige door den rechter-commissaris op een door dezen aan te wijzen plaats en door den kantonrechter op de plaats van zijne terechtzittingen gehoord.

Indien evenwel de getuige woont buiten het rechtsgebied van het rechterlijk collegie en die afstand het wenschelijk maakt hem niet te laten overkomen, of hij verhinderd was te komen, dan wordt het verhoor opgedragen aan de arrondissements-rechtbank of aan den kantonrechter van die woonplaats.

In deze gevallen bepaalt de rechter tevens den termijn, die in acht genomen moet worden bij het beteekenen aan de wederpartij van dag, uur en plaats waarop het verhoor zal gehouden worden. Dit is evenwel niet noodig, indien het verhoor in de woning van den getuige plaats heeft.

Van het door den gedelegeerden rechter afgenomen verhoor wordt altijd proces-verbaal opgemaakt. Art. 200 § 2, 3, 4.

Het oorspronkelijk proces-verbaal wordt aan het collegie, hetwelk de opdracht deed, ingezonden. Art. 119 § 2 a. h. e.

Naar de wettelijke bepalingen van 1838 was de opdracht van het getuigenverhoor aan een rechter-commissaris in zooverre een gewoon geval, als de wetgever aan de collegiën overliet om in

zaken van gewone behandeling het getuigenverhoor op de terechtzitting te doen plaats hebben of het aan een rechter-commissaris op te dragen. Volgens de partieele herzienning van 1896 zal het verhoor aan een rechter-commissaris niet anders kunnen worden opgedragen dan in geval van verhindering des getuige om op te komen of in geval zijne woonplaats te ver van de plaats, waar het collegie zitting houdt, gelegen is.

De bepaling van art. 119 kon hier niet eenvoudig op de rechtspleging bij de collegiën toepasselijk worden gemaakt omdat het collegie zich bezwaarlijk, zooals de kantonrechter dit gemakkelijk doet, bij den getuige kan vervoegen. Daar moest dus in het geval bij art. 119 § 1 bedoeld, waar ziekte een in het arrondissement wonenden getuige verhinderde om te komen, wel altijd eene delegatie plaats hebben, maar het collegie kon in de eerste plaats een zijner leden als commissaris met zoodanig verhoor belasten en des noods ook van den kantonrechter der woonplaats van den getuige gebruik maken. Woont de door ziekte of andere redenen verhinderde getuige buiten het rechtsgebied van het collegie, dan kon er reden zijn om 't verhoor liever aan eene arrondissements-rechtbank dan een kantonrechter op te dragen. De wetgever heeft evenwel in art. 200 niet alleen art. 119 voor de collegiën pasklaar gemaakt, maar de delegatie, behalve in geval van verhindering voor den getuige om te komen, ook uitdrukkelijk toegestaan voor 't geval dat de woonplaats van den getuige te ver verwijderd is. Daarmede zal wel bedoeld worden zóóver verwijderd dat het onraadzaam is den getuige te laten overkomen. Dit geval mag de kantonrechter niet in aanmerking nemen. Voor zijn eigen rechtsgebied heeft hij dit ook niet noodig, maar waarom is voor hem het richten van letteren requisitoriaal tot een ambtgenoot beperkt tot het geval dat de in een ander rechtsgebied wonende getuige door ziekte of anderzins verhinderd wordt? Alleen toch in dat geval veroorlooft art. 119 de delegatie door letteren requisitoriaal. Naar art. 200 is die delegatie bij de collegiën niet alleen zonder beperking toegelaten, wanneer de getuigen buiten het rechtsgebied wonen, maar ook uitdrukkelijk toegelaten voor te ver verwijderd wonende of verhinderde getuigen binnen des rechters rechtsgebied wonende. De wetgever schreef hier evenwel in art. 200 eene bepaling voor alle en dus ook voor de hoogere collegiën. Deze

laatste zullen meer bepaaldelijk binnen hun rechtsgebied van de delegatie wegens te ver verwijderde woonplaats gebruik hebben te maken. Voor de rechtbanken dunkt mij de toepassing binnen hun rechtsgebied op grond van te ver verwijderde woonplaats slechts zelden raadzaam te kunnen zijn. Het volgt uit den aard der zaak dat deze delegatie niet zonder afdoende redenen moet worden toegepast. Waar zij althans slechts enkele getuigen geldt, wordt het verband van het verhoor verbroken. Terwijl dan de meeste getuigen door het collegie worden verhoord, verneemt het de verklaring van dien enkelen door tusschenkomst van een ander, een gedelegeerden of gerequireerden rechter. Dit dringt te meer, nu de wetgever, met afschaffing van de opdracht van het geheele getuigenverhoor aan een rechter-commissaris, getoond heeft er prijs op te stellen dat de getuigen door het geheele collegie worden gehoord.

De delegatie geschiedt dan op een rechter-commissaris lid van het collegie, op een kantonrechter van het rechtsgebied of, als de getuige buiten het rechtsgebied woont, op eene arrondissements-rechtbank of op een kantonrechter buiten dat gebied.

De wet bevat omtrent de wijze, waarop de opdracht, die hier verstrekt kan worden, wordt verkregen, geene opzettelijke bepaling. De meest voor de hand liggende wijze komt mij voor deze te zijn dat dit geval als een incident behandeld worde. De partij die dit bijzondere verhoor verlangt, zal daartoe alzoo eene conclusie ter audientie moeten nemen, art. 141. OUDEMAN, bl. 248, wil, in overeenstemming met v. D. HONERT, de noodige beschikking des rechters bij verzoekschrift gevraagd hebben, doch het komt mij voor dat hier niet buiten de tegenpartij om mag gehandeld worden. De partij die de beschikking betreffende de delegatie verkrijgt zal zich tot den gedelegeerden rechter hebben te wenden om van dezen het bevel te bekomen tot dagvaarding van den getuige op door dien rechter te bepalen tijd en plaats van het verhoor. Daarbij zal wel eene expeditie van de door het collegie gegeven beschikking moeten worden overlegd, die ook wel zal moeten inhouden de vraagpunten, liever: de feiten, waarover de getuige zal moeten worden gehoord, zooals art. 119 dit voorschrift in het tweede lid, al is dit, bij art. 200, hier niet toepasselijk verklaard.

Dat tijd en plaats waarop het verhoor gehouden zal worden

aan de tegenpartij zal moeten worden beteekend, ligt voor de hand. Ofschoon de wet het niet uitdrukkelijk bepaalt, wordt dit in het bij art. 200 § 4 toepasselijk verklaarde 4e lid van art. 119 verondersteld, hetwelk zegt dat de rechter bij zijne beschikking omtrent de delegatie, tevens den termijn bepaalt, die in acht genomen moet worden bij het beteekenen aan de wederpartij van dag, uur en plaats waarop het verhoor zal gehouden worden. Daarmede zal wel bedoeld zijn dat de rechter, die natuurlijk niets bepalen kan omtrent tijd en plaats, welke de gedelegeerde rechter voor het verhoor zal aanwijzen, een termijn bepale binnen welken die bepaling van tijd en plaats aan de tegenpartij bekend worde gemaakt, opdat zij bij het verhoor tegenwoordig kunne zijn. Men moet er dan wel op rekenen dat de rechter, die tijd en plaats van verhoor bepaalt, genoegzamen tijd overlate dat de door den delegeerenden rechter gestelde termijn voor de beteekening kunne worden in acht genomen. Doch als hij de beschikking van den delegeerenden rechter kent, zal hij daarnaar kunnen handelen. Die bepaling werd noodig door het vervallen van art. 210 (oud).

Ofschoon art. 200 het eerste lid van art. 119 niet toepasselijk verklaart, zoo zal toch ook wel door de rechtbank een rechter-commissaris of een kantonrechter kunnen worden gedelegeerd om, in geval van verhindering van den getuige om op te komen, zich tot hem te vervoegen in zijne woning tot het ontvangen van zijne verklaring. Het volgt trouwens uit het vierde lid van art. 200, hetwelk het verhoor van den getuige te diens huize (in diens woning?) vooronderstelt. Want voor dat geval vervalt het voorschrift betreffende de in art. 119 bedoelde beteekening. De delegeerende rechter zal dus voor dat geval den termijn niet behoeven te bepalen binnen welken de beteekening moet geschieden. Of zou in dit geval de beteekening van tijd en plaats van dit verhoor aan de wederpartij in het geheel niet noodig zijn? Dit is zeker moeilijk aan te nemen. In ieder geval zal de belanghebbende partij aan dien getuige wel hebben aan te zeggen dag en uur waarop de rechter bepaalde dat hij in de woning van den getuige ten voormelden einde zal verschijnen.

Wat hier van het vragen en gebruik maken van de delegatie op een rechter-commissaris of een kantonrechter werd gezegd, zal ook toepasselijk zijn, wanneer, volgens art. 200 § 3, de opdracht aan eene arrondissements-rechtbank is gedaan. Zal evenwel

de arrondissements-rechtbank, aan welke in dit geval het verhoor wordt opgedragen, verplicht zijn dit te houden op eene terechtzitting van het collegie, of zal deze rechtbank op hare beurt een harer leden, als rechter-commissaris daarmede kunnen belasten? Ik geloof het laatste. Art. 25 R. O. brengt, dunkt mij, niet mede dat het collegie aan de letteren requisitoriaal gevolg zou moeten geven door zelfhandelend op te treden, waar het anders door een gedelegeerden rechter zou kunnen handelen. Immers art. 25 beveelt dat aan de letteren requisitoriaal wettig gevolg gegeven worde en zou dan hier onwettig zijn, wat in 't algemeen als wettig wordt beschouwd? Zou het eene rechterlijke collegie de bevoegdheid hebben om het andere aan eene bepaalde wijze van uitvoering van de wet te binden, wanneer het eene wettelijke handeling door het andere collegie verlangde verricht te zien? Dit valt te minder aan te nemen omdat de reden, waarom in art. 200 § 3 alleen van eene opdracht aan de rechtbank en niet aan een lid van die rechtbank als rechter-commissaris sprake is, eenvoudig daarin hare verklaring vindt, dat een rechterlijk collegie, zij het Hof of Rechtbank, niet over een lid van een ander collegie beschikken kan; een lid kan niet door een collegie, waartoe hij niet behoort, met eene commissie belast worden. Men vergete bovendien niet, dat het voordeel hetwelk de wetgever er in 't algemeen in ziet dat het verhoor door het collegie wordt afgenomen, hier toch vervalt, aangezien het collegie dat tot het verhoor bij letteren requisitoriaal aangezocht wordt, niet het over de zaak zelve oordeelend collegie is. Het verhoor zal hier altijd door een tusschenpersoon worden afgenomen. De belgische wet op de rechterlijke organisatie van 1869 voorziet uitdrukkelijk in dit geval bij art. 138.

In het geval van art. 200 § 3 zal echter, wil men onnoodigen omslag voorkomen, de opdracht aan een kantonrechter wel de voorkeur verdienen. De kantonrechter zal, ook indien hem niet bepaaldelijk op grond van verhindering van den getuige om op te komen, een verhoor werd opgedragen, de bevoegdheid hebben om den getuige in zijne woning te hooren, indien hem dit noodzakelijk mocht blijken.

OUDEMAN is, bl. 248, van oordeel dat de kantonrechter, wanneer hij als gedelegeerde rechter van eene rechtbank optreedt, de functiën van rechter-commissaris waarneemt en dan de bepalingen

van de wet voor het getuigenverhoor bij een rechter-commissaris en niet die voor den kantonrechter moet in acht nemen. Hij beroept zich op het gezag van BONCENNE II p. 244 (lees IV. p. 234). Reeds naar de bepalingen van 1838 zou ik mij met dit gevoelen niet kunnen vereenigen. BONCENNE moge beweren: „il n'use pas de sa propre juridiction, mais de celle du juge qui l'a commis" en dit gevoelen staven met eene plaats uit de pandecten, de waarheid is dat hem een opdracht gedaan wordt voor eene gerechtelijke handeling waarvoor de wetgever hem eigene bepaalde voorschriften gaf; hij blijft voor de uitvoering van de opdracht kantonrechter en kan daarom ook niet anders handelen dan zooals de wet wil dat de kantonrechter handele. Daartegen kan nog te minder bezwaar bestaan nu het getuigenverhoor bij de collegiën geheel gemodelleerd is naar de voorschriften daarvoor aan de kantongerechten gegeven. Hoe dit echter zij, bij de partieele herziening van 1896 werden de bijzondere bepalingen voor het verhoor bij den rechter-commissaris afgeschaft; de kantonrechter zou zich nu bij geen mogelijkheid meer daaraan kunnen houden. De kantonrechter zal dus ook als gedelegeerde rechter over de wrakingen der getuigen beslissen zooals hij dit, uit eigen hoofde getuigenverhoor houdende, zou doen.

En wanneer de rechtbank het verhoor opdroeg aan een harer leden als rechter-commissaris? Door afschaffing van de bijzondere bepalingen betreffende de opdracht van het verhoor aan een rechter-commissaris, bestaan er ook voor het verhoor aan een daartoe in bijzondere gevallen gedelegeerden rechter-commissaris, als zich thans nog kunnen voordoen, geen bijzondere bepalingen meer. De eenige bijzondere bepaling, welke er nog over is, betreft de noodzakelijkheid van het opmaken van een procesverbaal. art. 200 § 4. Daaruit moet men dan ook wel besluiten dat er niets bijzonders bij dit verhoor in acht te nemen valt en dat de rechter-commissaris evenals de kantonrechter de voorgestelde wrakingen beslist. De wrakingen en de beslissing daarover kan men zeggen behooren tot het verhoor dat de delegeerende rechter in zijn vollen omvang opdroeg. Daarin ligt zeker practisch geen overwegend bezwaar. Integendeel! Want als de gedelegeerde rechter de wrakingen niet mag beslissen. wat moet hij dan doen: den getuige niettemin hooren? Maar daaraan staat art. 108 in den weg. Met het vervallen art. 214 terade gaan? Ook dat is bedenkelijk. In-

tusschen staat het vast dat aan rechter-commissarissen als zoodanig geen rechtsmacht toekomt en mocht, waar die hem opgedragen wordt, dit wel uitdrukkelijk geschieden. Wanneer de wetgever tot behoorlijke handhaving der justitie, de kennisneming van de gedingen aan een collegie opdraagt, dan moet er wel eene bijzondere reden zijn, waarom hij de beslissing van een incident in zoodanig geschil aan de rechtsmacht van het collegie onttrekt en aan een lid van het collegie opdraagt. En al behoeft die onttrekking niet gerechtvaardigd te worden door den overeenstemmenden wil van partijen, op grond waarvan de wetgever in art. 214 haar toeliet, eene ordelijke regeling der rechtspraak brengt mede dat de opdracht van rechtsmacht, te meer wanneer zij geschiedt aan een rechter die in het algemeen geen rechtsmacht heeft, uitdrukkelijk plaats hebbe. Doch, gelijk ik opmerkte, het geldt hier een incident in eene gerechtelijke verrichting die zelve op den rechter-commissaris werd overgedragen. Uit een doctrinair oogpunt zou men anders kunnen beslissen. Zie bijv. art. 17 van het Reglement hooger beroep op den H. Raad van het Gerechtshof in N.-Indien.

De opmaking van een proces-verbaal is in al de hier besproken gevallen noodzakelijk omdat, al wordt de hoofdzaak door het daarover rechtsprekend collegie in het hoogste ressort beslist, altijd een ander rechter dan hij die het verhoor afneemt, het verhoor waardeert, en daaruit gevolgtrekking heeft te maken. Er bestaat derhalve voor deze gevallen gelijke reden als voor de noodzakelijkheid van een proces-verbaal in geval eene zaak aan hooger beroep onderworpen is.

De inzending van het oorspronkelijk proces-verbaal wordt in art. 119 bevolen, welks toepasselijkheid in art. 200 § 1 wordt uitgesloten. Het mag daarom toch wel opgevolgd worden. Want de bepaling heeft de strekking om den rechter die de opdracht deed met de voldoening daaraan door mededeeling van de uitkomst in kennis te stellen. Dit zal wel altijd noodig wezen. Of zal de griffier beweren dat het oorspronkelijk stuk tot het archief behoort van het gerecht dat de handeling verrichtte? Men kan hem antwoorden, dat het niet voor zich zelf maar voor een ander gerecht handelend optrad. Dat de bepaling alleen voor den kantonrechter gemaakt is en alleen op den rechter-commissaris was toepasselijk gemaakt, die in gewone zaken met het verhoor werd belast, art.

215 (oud), is eene singulariteit alleen aan eene onachtzaamheid des wetgevers te wijten. Men beschouwe de in art. 119 voorgeschreven opzending van het oorspronkelijk procesverbaal als een algemeenen regel voor deze gevallen. Dat het niet aan eene der partijen kan worden afgegeven, ligt voor de hand.

Rogatoire commissie. II. Indien de getuige buiten 's lands woont en het niet raadzaam is hem te doen overkomen, terwijl de rechter de hem bij art. 116 j° 200 tegen den wegblijvenden getuige toegekende middelen mist, is de rechter bevoegd een door hem aan te wijzen autoriteit van het land van 's getuigen woonplaats te verzoeken het verhoor te houden of dat verhoor op te dragen aan den Nederlandschen consulairen ambtenaar, tot wiens ressort de woonplaats des getuige behoort. Rogatoire commissie.

De rechter bepaalt dan tevens den termijn die in acht genomen moet worden bij het beteekenen aan de wederpartij van dag, uur en plaats, waarop dit verhoor gehouden zal worden.

Het proces-verbaal van dit getuigenverhoor heeft gelijke kracht als dat van den Nederlandschen rechter. Art. 200 § 1 j° 119 §§ 3, 4 en 5.

Ook in dit geval moet de rechter van de tusschenkomst van een derde gebruik maken om het getuigenis te vernemen. Hier kan hem niet anders dan eene vreemde autoriteit of eene autoriteit in den vreemde ten dienste staan. In het aangewezen middel ligt de toepassing van de letteren requisitoriaal van art. 25 R. O. met opzicht tot buitenlandsche autoriteiten, die ten gevolge van de andere verhouding, welke er tot die autoriteiten bestaat, door de Franschen: Commissions rogatoires genoemd worden, en bij ons als rogatoire commissien plegen aangeduid te worden. Verg. Dl. I. bl. 135.

Ofschoon de Code de procédure, evenmin als ons Wetb. v. B. R., eenige bepaling omtrent dit onderwerp bevatte, werd toch de instelling zelve in de jurisprudentie als volkomen gewettigd erkend. Aan de bevoegdheid der inlandsche rechters om dergelijke rogatoire commissiën uit te vaardigen twijfelde men niet. Evenmin in België, waar de instelling zelve voor het eerst in de wet op de rechterl. organisatie van 1869, art. 139, werd vermeld en voor de comm. rog. uit het buitenland een enkel voorbehoud werd ge-

maakt. Zie Pandectes belges, V° commission rogatoire n°. 373 vv. en 399 vv. Ook faalde de toepassing niet omdat de hulp van vreemde autoriteiten overeenkomstig de regelen van het Volkenrecht ook buiten tractaten verzekerd was. Zoo ging het ook bij ons onder de wetgeving van 1838 gedurende bijna 40 jaren, toen daarin verandering kwam en het Hof van Noord-Holland, bij arrest van 12 Februari 1875, (N. Rechtsg. Bijblad 1876, A en B., bl. 15) besliste dat het geen bevoegdheid kon uitoefenen, welke den rechter niet bij de wet was toegekend en die hem met het oog op andere in de wet voorkomende bepalingen niet zou mogen toegekend worden. De argumenten aan deze bepalingen ontleend komen mij weinig gewichtig voor. Den meesten schijn van juistheid heeft zeker de overweging dat de delegatiën van macht bepaaldelijk in de wet zijn geregeld en dat de rechter die op eigen gezag niet mag uitbreiden. Vergeet men daarbij evenwel niet dat van eene delegatie van macht hier geen sprake is, daar het juist gevallen betreft waarin de Nederlandsche rechter geene macht heeft en dat hij daarom de macht van een ander inroept om hem in het vinden der waarheid behulpzaam te zijn en hem in staat te stellen de macht die hem toekomt en de plicht die hem is opgelegd binnen zijn eigen ressort behoorlijk te vervullen? Maar ik zou nog willen vragen, was het noodig dat de wetgever de bestreden bevoegdheid uitdrukkelijk toekende, waar hij aan de rechterlijke macht de verplichting oplegt over de overeenkomstig de wet aan hare kennisneming onderworpen rechtsgedingen te beslissen en de rechters uitdrukkelijk verbiedt rechtspraak te weigeren op grond van het stilzwijgen der wet? En nu weet ik wel dat met het ontkennen van de hier besproken bevoegdheid en de weigering om eene rogatoire commissie uit te vaardigen, geen „déni de justice" wordt gepleegd, maar wordt het recht gehandhaafd, wanneer de rechter weigert gebruik te maken van het eenig middel dat aanwezig is om eene juiste en rechtvaardige beslissing te geven, omdat de wijze waarop hij het middel zal doen aanwenden niet in de wet is geregeld, terwijl het middel zelf door den wetgever als een deugdelijk bewijsmiddel wordt erkend en hij den rechter meermalen de bevoegdheid toekent om waar het op het onderzoek der waarheid aankomt ook in het burgerlijk proces ambtshalve op te treden? Kon het verder noodig geacht worden, dat de wetgever de hier besproken bevoegdheid uitdrukkelijk

toekende, terwijl zij algemeen als den rechter toekomende beschouwd werd en hij ten slotte omtrent de aanwending van het middel toch zoo goed als niets kon regelen, daar hier alles van de vreemde autoriteit of van de met de Regeering van haar land gesloten tractaten moet afhangen? Opmerking verdient het dat eene dergelijke jurisprudentie juist haar ontstaan moest te danken hebben aan het Hof van Noord-Holland, hetwelk uit den aard der zaak en door de omgeving waarin het gevestigd was de behoefte aan de rogatoire commissiën voor de rechtspraak moest kennen. Dat het niettemin de wet in den tegenovergestelden zin opvatte is, zou men zeggen, wel een bewijs voor 's rechters krachtige overtuiging dat het niet anders kon. Of zou ook de vrees van zich te laten leiden door argumenten, die zich als argumenten zoogenaamd van convenientie voordoen, den uitlegger der wet soms kunnen drijven tot de gehoorzaamheid aan hare letter of tot het beroep op gebrek aan een letter, om met het „lex dura (of absurda) sed ita scripta" eigen verantwoordelijkheid op die van den wetgever over te dragen?

Hoe dit zij, de redeneering van het Hof heeft volkomen instemming gevonden bij den advocaat-generaal bij den Hoogen Raad Mr. POLIS, die hetzelfde gevoelen op uitnemende wijze ontwikkelde in eene conclusie behoorende tot een arrest van 8 Mei 1885, W. 5165, waarbij de Hooge Raad zich evenwel met de vraag zelve niet inliet, doch die mij evenmin overtuigde als de door hem aangehaalde uitspraak van Prof. T. M. C. ASSER in zijn Schets voor het internationaal privaatrecht bl, 118. „Wanneer de lex fori", heet het daar, „voorschrijft dat de handeling die het geldt (getuigenverhoor, eedsaflegging, verhoor op vraagpunten enz.) voor den rechter die van het proces kennis neemt moet plaats hebben dan kan, zonder krenking van de rechten der partij die zich daartegen verzet, geen opdracht aan een buitenlandschen rechter geschieden". Ik zou in verband met hetgeen ik hierboven opmerkte willen vragen, hoe kon de wetgever met mogelijkheid het getuigenverhoor enz. anders regelen dan voor zijne rechters? Maar indien die beperking tevens zóó verbiedend is dat den nederlandschen rechter daardoor de bevoegdheid wordt ontnomen de hulp van een buitenlandsche autoriteit in te roepen, waaraan kunnen dan de partijen de bevoegdheid ontleenen om hem die bevoegdheid, welker uitsluiting toch op eene regeling van open-

bare orde gegrond wordt, te verleenen? Dat ook die beschouwing om de vraag van den overeenstemmenden wil van partijen afhankelijk te maken, invloed op onze rechtspraak heeft uitgeoefend kan o. a. blijken uit een arr. van het Hof van Leeuwarden 24 Oct. 1894 W. 6580, waarmede te vergelijken Winschoten 18 Januari 1893.

De wetgever had zich met de regeling van dit onderwerp niet anders ingelaten dan toen hij bij de wet op de nieuwe rechterlijke inrichting van 1861 aan het artikel betreffende de letteren requisitoriaal een nieuw lid toevoegde van dezen inhoud: „Zij voldoen aan soortgelijke verzoeken van vreemde collegiën of ambtenaren, of rigten die tot hen, volgens door Ons vast te stellen regels". Duidelijk volgde uit deze bepaling dat ook de wetgever in 1861 de bevoegdheid en de verplichting als bestaande aannam en bij de beraadslagingen over die wet rees daarover evenmin twijfel, maar, daar voor dergelijke verzoeken van de tusschenkomst der diplomatie gebruik pleegt gemaakt te worden en het overigens niet wenschelijk mag geacht worden dat buitenlandsche autoriteiten, zonder medeweten der Regeering zich met Nederlandsche in betrekking stellen, kwam de regeling van de wijze waarop hier zou gehandeld worden wenschelijk voor. De beteekenis van de bepaling lag dan ook in de slotwoorden. Bij ons werd, na de uitspraak van het Hof van Noord-Holland, de aandacht van de Regeering al spoedig op de noodzakelijkheid van eene wettelijke voorziening gevestigd. Bij de behandeling van het ontwerp houdende wijzigingen in het Wetb. v. Burg. Regtsv. van den Minister van Lynden werd voorts door een lid der Tweede Kamer gewezen op de wenschelijkheid om eene bepaling omtrent het doen hooren van getuigen in het buitenland op te nemen, en de Minister nam in zijn gewijzigd Ontwerp eene bepaling op, waaraan de heer Hartogh de zijne ontleende, die thans in de wet is opgenomen. Dat het ongeveer 20 jaar kon duren, dat eene betreurenswaardige leemte in de wetgeving bleef bestaan en eene dringende behoefte onvervuld werd gelaten, is wat wij zoo dikwijls zien gebeuren. Redt de praktijk zich in zoodanige gevallen buiten de wet om, of merkt men 't onrecht niet op, omdat het slechts door enkelen wordt geleden?

Genoeg. Wij hebben nu althans eene toelating in de wet van de rogatoire commissie betreffende een getuigenverhoor. Eene partieele aanvulling alzoo, omdat deze geheele wijziging van de

burgerlijke rechtsvordering een stel van partieele herzieningen beoogde? Ten aanzien van eedsafleggingen, verhoor op vraagpunten en meer andere zaken die het voorwerp van rogatoire commissie kunnen zijn, blijft dus de vraag bestaan en wordt hare ontkennende beantwoording, nl. de niet-toelating daarvan, nog door het zoo gewilde argumentum a contrario en den regel „qui dicit de uno negat de altero" versterkt. Ook omtrent de bevoegdheid van den nederlandschen rechter om aan dergelijke verzoeken uit den vreemde tot hem gericht te voldoen is nu nog in 't geheel niets bepaald. Of zal ieder nederlandsche rechter eigenmachtig beslissen, in hoeverre de Nederlandsche Staat aan vreemde staten diensten mag bewijzen! Eene bepaling als van art. 40 der wet op de nieuwe rechterlijke inrichting zou ons zeker in deze materie een heel eind verder hebben gebracht. Nu zal wellicht eene wet ter uitvoering van de op 14 November 1896 te 's Gravenhage gesloten internationale overeenkomst, als bedoeld schijnt te worden in de voordracht van de Ministers van Buitenlandsche Zaken en van Justitie, waarop gevolgd is het Kon. Besluit van Februari 1897 n°. 1 (zie Staatscourant 24 Februari 1897 n°. 46), de door de partieele herziening gelaten of veroorzaakte leemte kunnen worden aangevuld.

Dat artikel 40 stelde met opzicht tot de letteren requisitoriaal de rechterlijke collegiën of ambtenaren in eene der koloniën of bezittingen van het Rijk in andere werelddeelen met die in het moederland op eene lijn. Zal volgens art. 200 j°. 119 B. R. een rechterlijk collegie in Nederland een verhoor aan den rechter in Ned. Indië kunnen opdragen of hem dit kunnen verzoeken? Men zal zeggen, als een getuige in Ned. Indië woont, woont hij buiten 's lands, maar past daarbij het voorschrift dat de nederlandsche rechter tot een door hem aan te wijzen autoriteit van het land zijner woonplaats het verzoek richt? Zeker niet. Van eene rogatoire commissie kan hier dan ook geen sprake zijn. De voldoening aan het verzoek kan hier niet van de in het volkenrecht gehuldigde „comitas gentium" afhankelijk zijn. De eenige vraag is, of letteren requisitoriaal kunnen in toepassing komen en dit hangt daarvan af, of de bevoegde macht aan de rechters zoo in Indië als in Nederland de verplichting heeft opgelegd om aan letteren requisitoriaal gevolg te geven. Eene algemeene bepaling bestaat daarvoor niet. Alleen wordt in het bij Kon. besluit van 28 September 1850 Stbl. n°. 63 vastgestelde Reglement, betref-

fende het h. beroep aan den H. Raad van de arresten door het Gerechtshof van N. I. in eersten aanleg gewezen, bij art. 17 aan den Hoogen Raad de bevoegdheid toegekend om het afnemen van een getuigenverhoor of andere gerechtelijke verrichting aan het Hoog-Gerechtshof op te dragen. De beslissing over wrakingen van getuigen of deskundigen, die niettegenstaande eene wraking door het Hof worden gehoord, verblijft aan den H. Raad. Het ontbreken van eene algemeene regeling heeft meer dan eens tot moeilijkheden en niet onnatuurlijk tot ontkenning òf van de bevoegdheid van den eenen rechter òf van de verplichting van den ander aanleiding gegeven, gelijk blijkt uit het overzicht hetwelk daarvan gegeven wordt door Mr. J. H. ABENDANON, Publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen tusschen Nederland en de Ned. Koloniën, Batavia 1891, bl. 233—37, die daar meedeelt dat ten slotte, na eene beschikking van het Hoog-Gerechtshof van 13 Maart 1857, over en weder opdrachten tot verhoor van getuigen en deskundigen gedaan zijn zonder dat dit meer tot moeilijkheden aanleiding gaf. Het Hoog-Gerechtshof achtte dat de opdracht niets gemeen had met letteren requisitoriaal maar eene delegatie was zooals artt. 200 en 224 Ned. en 190 en 217 Ind. B. R. toelaten. Alsof de delegatie van art. 200 op een ander gerecht niet op de bepaling van art. 25 betreffende de letteren requisitoriaal berustte! Als het Hof zich verder beroept op de wederkeerige executoriale kracht der vonnissen, dan komt mij ook dit argument niet overtuigend voor. Doch 't gaat er meê. Het neemt niet weg dat eene wettelijke voorziening niet overbodig geacht moet worden. Want de jurisprudentie blijft van de wisselende inzichten der rechters afhankelijk, gelijk juist ten aanzien van de rogat. commissie is gebleken. MR. ABENDANON vermeldt ten slotte bl. VII als noodzakelijke bijvoeging tot bl. 236, een vonnis der Rechtbank Amsterdam 7 April 1885 Ind. W. 1218. De schrijver wijst er ook terecht op dat eene bepaling omtrent de wraking noodzakelijk is, doch hecht terecht niet aan het doctrinarisme dat in art. 17 van het Reglement wordt gehuldigd. Minder kan ik mij met hem vereenigen als hij, op bl. 237, het verschil tusschen rogatoire commissiën en letteren requisitoriaal daarin meent te vinden dat de eerste worden gegeven bij vonnis, de anderen bij brief. Beide maken den inhoud van een vonnis uit. Ook kan bij beide de opdracht in den vorm van een verzoek geschieden. Als het een vreemden rechter geldt, komt alleen een verzoek te pas.

Alleen aan een rechter in het land zelf kan de vorm van opdracht gebezigd worden omdat aan den gedelegeerden rechter de verplichting om aan de opdracht te voldoen bij de wetten des lands is opgelegd.

Wordt de tusschenkomst van den nederlandschen consulairen ambtenaar, tot wiens ressort de woonplaats des getuige behoort, tot het verhooren van den getuige ingeroepen, dan verliest eigenlijk het tot dezen gericht verzoek het karakter van rogatoire commissie. Aan hem, die in naam des Konings en volgens de nederlandsche wetten rechtspreekt, art. 7 en 21 der Wet op de consulaire rechtsmacht, zie Staatsbl. 1887 n°. 138, wordt als aan een nederlandschen rechterlijken ambtenaar het verhoor opgedragen. Dit onderscheid wordt in art. 119 § 3, nieuw, behoorlijk in acht genomen.

Dat de rechter, waar hij de tusschenkomst van de autoriteit in het vreemde land of van den nederlandschen ambtenaar in den vreemde inroept, tevens den termijn bepaalt die in acht genomen moet worden bij het beteekenen aan de wederpartij van dag, uur en plaats waarop het verhoor gehouden zal worden, kan zijn nut hebben, ook als het verhoor door de vreemde autoriteit geschiedt, indien die bepaling in het aan de vreemde autoriteit gericht verzoek kan opgenomen worden. De vreemde autoriteit kan dan althans den dag van het verhoor in dier voege bepalen dat van den termijn van beteekening nog kunne worden gebruik gemaakt, opdat ook de tegenpartij bij het verhoor tegenwoordig kan zijn of zich daarbij kan doen vertegenwoordigen, indien ten minste de vreemde autoriteit hare tegenwoordigheid toelaat. Ook zal hij die de instructie bij den buitenlandschen rechter vervolgt, zooveel het van hem afhangt moeten zorgen dat aan den gestelden termijn kunne worden voldaan.

De bepaling omtrent de kracht van het proces-verbaal is zeker noodzakelijk, indien zonder haar het tegendeel kon worden aangenomen. Want dan had men aan het gehouden verhoor zoo goed als niets. Dat het tegendeel beweerd wordt is bekend. Het hof van Noordholland ontkende de kracht van het in den vreemde opgemaakt proces-verbaal en maakte daarvan een zijner gronden tegen de opdracht aan den vreemden rechter van het verhoor. Ook de heer HARTOGH liet zich bij de discussie over de nieuwe bepaling

in de Tweede Kamer in dien zin uit. „Zeker is het", zeide hij, Handelingen 1894—95 II, bl. 1134, „dat, indien de buitenlandsche autoriteit getuigen wil hooren, zoodanig verhoor in Nederland op dit oogenblik geen rechtskracht heeft". Het kan evenwel zijn dat de spreker hier aan het verhoor zelf dacht omdat de Nederlandsche rechter naar zijne opvatting zonder wetsbepaling niet bevoegd was het verzoek te doen. Hoe dit zij, het proces-verbaal van den vreemden rechter heeft, m. i., ook zonder de bepaling van art. 119 § 5, gelijke kracht als dat van den nederlandschen rechter omdat de kracht van deze in het buitenland verrichte handeling volgens art. 10 A. B. afhankelijk is van de inachtneming van de vormen in het vreemde land daarvoor bepaald.

§ 127. NIETIGHEID VAN HET VERHOOR.

Alleen het niet of niet behoorlijk overeenkomstig de bepaling van art. 107 afleggen van den eed of belofte heeft eene onherstelbare nietigheid van het verhoor des getuige ten gevolge, doch dit alleen dan, wanneer de tegenpartij zich daarop beroept. Het nalaten van een der andere in art. 103 en latere voorgeschrevene formaliteiten heeft alleen dan nietigheid des verhoors van den getuige ten gevolge, wanneer de partij die zich op de nietigheid beroept door het begaan verzuim in hare verdediging is benadeeld. Heeft het begaan verzuim die nadeelige gevolgen niet en is herstel van het verzuim mogelijk, dan kan de rechter de partij die het verzuim beging en bij de geldigheid van het verhoor belang heeft, bevelen om, zoo daarvoor reden bestaat, het begaan verzuim op hare kosten te herstellen. Art. 120. Wanneer?

Ik heb hier van eene onherstelbare nietigheid gesproken in tegenstelling van de opheffing der gevolgen van de nietigheid welke art. 120 toelaat. Doch de nietigheid kan ook daar waar zij in dien zin onherstelbaar is, hare gevolgen missen, wanneer de tegenpartij zich er niet op beroept, al wordt dit hier niet uitdrukkelijk gezegd. De toepassing van eene nietigheid door den rechter ambtshalve is in strijd met het beginsel van 's rechters lijdelijkheid en, indien men al mocht willen beweren dat de eisch van eedsaflegging van openbare orde is, zonder uitdrukkelijke bepaling ware het niet

aannemelijk den rechter toe te staan om zijn eigen werk ambtshalve te vernietigen. En dergelijke bepaling bevat de wet niet.

Het is niet zonder belang om, ten einde de beteekenis van art. 120 in het juiste licht te stellen, te vragen, welke de formaliteiten zijn bij art. 103 en vv. voorgeschreven, welker verzuim tot eene nietigheid van het verhoor van een getuige zou aanleiding kunnen geven. Art. 120 is bij de herziening van 1837 in de wet gebracht en kon wel eens blijken, als zoovele andere die bij die herziening werden opgenomen, niet goed doordacht te zijn. Daar komt bij, dat de algemeene verwijzing naar andere artt., bepaaldelijk ten aanzien van het getuigenverhoor, reeds meer tot verwarring en onzekerheid bleek aanleiding te geven. Opmerking verdient het al dadelijk dat de eedsaflegging de eenige formaliteit is, welke in deze artt. op straffe van nietigheid is voorgeschreven en daar deze van de bepaling van art. 120 uitdrukkelijk wordt uitgezonderd, moet de wetgever daarbij overigens wel aan niet uitdrukkelijk „op straffe van nietigheid" voorgeschreven formaliteiten hebben gedacht. De overigens zoo algemeen luidende bepaling van art. 90: geenerlei exploit of akte van rechtspleging kan nietig verklaard worden, indien de wet de nietigheid van dezelve niet UITDRUKKELIJK bevolen heeft," is alzoo op het verhoor van een getuige niet toepasselijk geacht. Er is hier geen uitdrukkelijk bevel (bepaling) van nietigheid met de sacramenteele woorden, die alleen in art. 107 voorkomen, maar er wordt nu toch duidelijk in algemeene termen nietigheid gedreigd in al die gevallen waarin de tegenpartij door het verzuim van eene formaliteit in hare verdediging is benadeeld en herstel niet mogelijk is. Is die partij niet benadeeld, dan wordt de nietigheid niet uitgesproken en als het dan noodig is om de begane ongeregeldheid te herstellen, kan de rechter bevelen dat dit geschiedt op kosten van de partij welke de ongeregeldheid beging en dus bij het herstel belang heeft. Verg. DE PINTO § 109 II bl. 211, OUDEMAN bl. 146, die er niet aan denken, dat belanghebbende partij in art. 120 noodzakelijk tweeërlei beteekenis heeft. In de verdediging kan alleen benadeeld worden de tegenpartij, zij alzoo die belang heeft bij de nietigheid om dit nadeel te keeren, de belanghebbende die tot herstel verlangt toegelaten te worden is de partij die bij de geldigheid van het verhoor belang heeft en die dus door zijn verzuim tot de nietigheid aanleiding gaf. Het

is de toepassing van het „nullité sans griefs n'opère pas", dat de wetgever ook huldigt in art. 94. Voorts moeten de bepalingen van dien aard zijn dat het verzuim der voorgeschreven formaliteit tot nietigheid van het verhoor kan leiden. Zoo valt al dadelijk art. 103 weg, want deze bepaling heeft op het vonnis betrekking. De vonnissen hebben hunne eigene bepalingen omtrent hunne nietigheid en nietig-verklaring. Art. 104 heeft geene betrekking op eenige formaliteit. Art. 105. Een getuige is niet behoorlijk gedagvaard. Hij verschijnt niet. Van nietigheid van een verhoor dat niet plaats heeft kan geen sprake zijn, dus ook niet van herstel eener nietigheid. Verg. PENNINCK op art. 104 bl. 48. Anders de H. Raad bij OUDEMAN I bl. 140 n[t] 1. Hij verschijnt wèl. De tegenpartij kan zich daarop niet beroepen. Wordt de getuige gehoord, voor de tegenpartij geen grond van nietigheid van het verhoor. — Art. 106, j[o] 200 § 1. Geene of geen behoorlijke beteekening van de namen en woonplaatsen der getuigen of geen overgifte van een afschrift van het vonnis. De tegenpartij verschijnt niet, het verhoor heeft niettemin plaats. Zij beroept zich later op de nietigheid van het verhoor. Dat zij in hare verdediging is benadeeld zal wel altijd het geval zijn, nu zij ten gevolge van het tweede verzuim niet heeft kunnen verschijnen en het verhoor niet kan waardeeren, ten gevolge van het eerste in de onmogelijkheid is geweest zich omtrent de personen der getuigen en hunne betrekking tot de partij voldoende op de hoogte te stellen. Mocht de rechter evenwel van oordeel zijn dat de partij niet was benadeeld, de begane ongeregeldheid zou niet kunnen worden hersteld. Een nieuw verhoor zou niet kunnen plaats hebben vermits de tijd daarvoor verstreken zou zijn, arg. art. 103 § 3, 104, 114. Is de tegenpartij alleen in de onmogelijkheid geweest om getuigen tot tegenbewijs van hare zijde tegen den dag van het verhoor te doen oproepen, het verhoor behoeft daarom niet nietig verklaard te worden. De tegenpartij behoefde niet tegen dien dag te dagvaarden; zij kan alsnog een termijn daarvoor bekomen en van herstel van een verzuim is geen sprake. Verg. bl. 80. — Art. 107. Het verzuim van eedsaflegging maakt het verhoor volstrekt nietig. Het is, wanneer het niet vóór het sluiten van het proces-verbaal ontdekt wordt niet te herstellen (verg. de opmerking der zevende afdeeling bij V. D. HONERT op § 120 bl. 239). De wetgever spreekt de nietigheid tengevolge van het verzuim van hetgeen bij art. 107 omtrent het afleggen

van den eed is voorgeschreven, onvoorwaardelijk uit. De rechter zou trouwens een niet overeenkomstig art. 1948 beëedigd getuigenis reeds om die bepaling niet als bewijsmiddel mogen gebruiken. — Werd daarentegen de eed van een onbekwaam getuige afgenomen in strijd met art. 1949 B. W., het verhoor is niet nietig maar de verklaring mag door den rechter alleen tot inlichting gebruikt worden. En als de vragen niet gedaan zijn overeenkomstig art. 107 § 2? Is het eene vraag, waarop het antwoord eene onbevoegdheid of reden van wraking zou hebben aan het licht gebracht, de tegenpartij zal zich op de nietigheid van het verhoor kunnen beroepen. Zij zal daartoe bij de voortzetting van de procedure, na afloop van het getuigenverhoor, de gelegenheid hebben. Benadeeling door het getuigenis van een onbevoegde zal niet moeilijk aan te toonen zijn, evenmin als dat zij de aanleiding miste om de wraking voor te stellen. Van mogelijkheid van herstel kan hier geen sprake wezen. Het eenig middel om nadeel weg te nemen is dat het verhoor als nietig worde beschouwd. Art. 108 kan moeilijk aan een verzuim, dat nietigheid van het verhoor ten gevolge zou kunnen hebben, doen denken. Evenmin de artt. 108*a* en 109, noch 110. — Wanneer aan den getuige zijn getuigenis niet werd voorgelezen vóór de onderteekening of wanneer het niet onderteekend werd, ontbreekt aan dat getuigenis de bevestiging, welke de wetgever heeft noodig geacht. Dat het procesverbaal zijne kracht met opzichte tot het niet geteekende gedeelte verliest, wordt bevestigd door art. 30 Wet op 't Notarisambt. Maar ook het ontbreken van de voorlezing zoo goed als van de onderteekening maakt dat het aan de eischen van art. 111 niet voldoet. Als het getuigenis daardoor nietig is, zal het verzuim zeker de partij die het verhoor bestrijdt in hare verdediging eer bevoordeelen dan benadeelen. Het herstel van het verzuim zou haar kunnen benadeelen. De bepaling der wet zou, door haar in dezen zin op te volgen, niet aan 's wetgevers bedoeling beantwoorden. Maar zou de begane ongeregeldheid hier kunnen worden hersteld? OUDEMAN I, bl. 143, schijnt het te meenen. Is eens het procesverbaal afgesloten, dan zie ik niet in, hoe het verzuim zonder valschheid te begaan, in het proces-verbaal kan worden hersteld en een aanhangsel op het proces-verbaal te maken, ware zeker een informaliteit even groot als 't gepleegde verzuim zelf. Maar wat, dunkt mij, alles afdoet is, dat de belanghebbende partij er

al heel weinig aan zou hebben „de bevoegdheid te bekomen om de begane ongeregeldheid te haren koste te herstellen". Het is immers de griffier die de ongeregeldheid beging! De formaliteit, waarvan hier sprake is, valt alzoo niet in de termen van art. 120. — Hoe de artt. 112—115 tot een verzuim aanleiding zouden kunnen geven dat nietigheid van het verhoor van den getuige zou kunnen na zich slepen, is zeker niet aan te wijzen. En zoo is het ook met hetgeen in de artt. 116—119 bepaald is. Waar komt alzoo de beteekenis van art. 120 met zijne aanhaling van de artt. 103 en volgende op neer? Zeker had de wetgever beter gedaan in al die gevallen waarin hij 't noodig achtte de nietigheid uitdrukkelijk uit te spreken en dan overeenkomstig het eens in art. 94 aangenomen beginsel, in verband met die bepalingen omtrent de nietigheid, hare gevolgen zoo noodig door een voorschrift als nu hier in art. 120 te algemeen en te onbestemd gegeven werd, te verzachten. Maar als hij daartoe ware overgegaan en dus zich zelven rekenschap was gaan geven van zijne nieuwe bepaling, hij zou hebben ingezien dat zij een deugdelijken grondslag mist en beter ware weggelaten.

De intrekking van de bepalingen betreffende het verhoor voor den rechter-commissaris heeft de bezwaren opgeheven waartoe de artt. 210 en 216 in verband met art. 215, in welke laatste eene gansche reeks van artikelen en daaronder ook art. 120 op het getuigenverhoor voor den rechter-commissaris werden toepasselijk verklaard, aanleiding gaven. Zij waren tot dusver noch bij de schrijvers noch in de jurisprudentie, naar mijn inzien, op behoorlijke wijze opgelost. Alleen kan de niet-inachtneming van den volgens art. 119 § 4 door den rechter bepaalden termijn of het verzuim van beteekening in het geheel, de vraag doen ontstaan naar de gevolgen daarvan. De bepaling werd opgenomen naar aanleiding van het vervallen art. 210. Daar werd wel aan het verzuim uitdrukkelijk de straf van nietigheid verbonden, maar nu de bepaling valt onder het algemeene voorschrift van art. 120, zal nietigheid alleen het gevolg kunnen zijn.

De dag, uur en plaats van het verhoor moeten aan de tegenpartij beteekend worden opdat zij bij het verhoor tegenwoordig kunne zijn. Is dit verzuimd en verschijnt de tegenpartij niet dan wordt zij zeker benadeeld als niettemin 't verhoor plaats heeft, maar de rechter zal toch in den geest van art. 120 handelen,

indien hij het nadeel voorkomt door een naderen termijn te bepalen en opnieuw de gelegenheid tot beteekening te geven. Verschijnt de tegenpartij wel, dan toont zij daardoor ten gevolge van de informaliteit geen nadeel te hebben geleden. Mocht evenwel de rechter, niettegenstaande het verzuim der beteekening, het verhoor buiten tegenwoordigheid der tegenpartij hebben laten doorgaan, dan zal deze daaraan een reden van nietigheid tegen het verhoor kunnen ontleenen; dat zij benadeeld is, is duidelijk en herstel van het verzuim niet mogelijk. Wat het niet in achtnemen van den door den rechter voor de beteekening bepaalden termijn betreft, het zou kunnen zijn, dat deze in verband met den dag voor het verhoor bepaald niet kon worden in achtgenomen of dat hij niet voldoende was voor de tegenpartij om te verschijnen; op een daaruit ontstaan nadeel zullen partijen zich tegenover elkander wel niet kunnen beroepen. Is evenwel de bepaalde termijn niet in achtgenomen buiten die omstandigheid, dan kan, zoowel bij het verschijnen als bij het niet-verschijnen der tegenpartij, een uitstel worden verleend en kan, indien de rechter op 't verzuim niet lette, nietigheid van het verhoor 't gevolg zijn.

Ofschoon na afschaffing van het getuigenverhoor door een rechtercommissaris, zooals dit in het wetboek van 1838 geregeld was, en de toelating daarvan uitsluitend tot het geval dat getuigen verhinderd zijn te komen of te ver verwijderd wonen beperkt is, wel een eind zal maken aan het bij sommige rechtbanken bestaande gebruik om buiten de gevallen door de wet aangewezen, het getuigenverhoor aan een rechter-commissaris op te dragen, zoo mag toch eene opmerking over de kracht van dergelijke illegale handeling hier nog wel eene plaats vinden.

Uit art. 120 kan zeker niet worden afgeleid dat een getuigenverhoor dus, tegen de wet in, aan een rechter-commissaris opgedragen en door dezen afgenomen, niet nietig zou zijn, tenzij de belanghebbende partij daardoor zou zijn benadeeld. Art. 120 ziet klaarblijkelijk op de formaliteiten bij het verhoor, hetzij voor den kantonrechter hetzij voor het rechterlijk collegie (art. 200), hetzij naar art. 215 (oud) voor den rechter-commissaris in acht te nemen. Moeilijk zou wel eene partij, die aan een tegen de wet bevolen verhoor voor een rechter-commissaris had medegewerkt zonder eenig protest, naderhand kunnen beweren daardoor bena-

deeld te zijn. Maar of niet, niettegenstaande geen straf van nietigheid is bedreigd, het vonnis, waarbij dergelijk getuigenverhoor werd bevolen en dientengevolge ook de daarop gevolgde einduitspraak, wegens schennis van art. 200 moet worden vernietigd, is door den Hoogen Raad meermalen in bevestigenden zin beslist, in overeenstemming met de conclusiën van het O. M. Zie arr. 14 December 1876 W. nº. 4050 en de jurisprudentie in de concl. van den adv.-gen. Mr. POLIS. De Hooge Raad, evenals het O. M., beschouwde de aangehaalde bepalingen als van openbare orde. Nu heeft men wel verlangd (Zie W. v. h. R. nº. 4056 bl. 3) aangetoond te zien, welk belang de maatschappij of de openbare orde er bij kan hebben, of dat verhoor van getuigen geschiedt op de terechtzitting of voor een rechter-commissaris; dat verlangen was evenwel misplaatst. Want dat is de vraag niet en mag de vraag niet zijn, zoolang de regelen der rechtspleging door de wet worden voorgeschreven en niet door den rechter of door de praktizijns. Eene procedure buiten de wettelijke regeling is alleen voor scheidsmannen toegelaten. Voor den rechter is elke procedure, in strijd met de wet, uitgesloten, omdat nu eens de wet en niet de rechter of partijen hebben te beoordeelen, welke regelen voor eene behoorlijke rechtspraak moeten worden gevolgd. De rechter die buiten de wet gaat, begaat eene schending der wet die de Franschen zelfs een „excès de pouvoir" zouden noemen. Hij wil wijzer zijn dan de wetgever en dat is hem verboden in de uitoefening van zijn ambt. En waarlijk is het belang der maatschappij of van de openbare orde hier niet ver te zoeken. Want de uitsluiting van den rechter-commissaris berust immers op dezen grond, dat de rechter om juist te oordeelen en daarom behoorlijk recht te spreken de getuigen zelf hooren moet. Ik meen hierbij nog te mogen verwijzen naar mijne opmerkingen op blz. 117 van Dl. II 3e druk.

§ 128. VOORTZETTING VAN HET GEDING NA HET VERHOOR.

Na afloop van het getuigenverhoor, of indien dit achterwege blijft, bepaalt de rechter den dag waarop de zaak weder ter rolle zal worden opgeroepen. Art. 202. Na op dien bepaalden dag partijen over de uitkomsten van het getuigenverhoor gehoord te hebben, doet de rechter, indien geen nieuwe incidenten zich voor-

Voortzetting op den na afloop bepaalden dag.

doen, uitspraak op de hoofdzaak of bepaalt daarvoor eene nadere terechtzitting. Art. 112 j°. art. 200 en 202 (nieuw).

Tot de uitspraak over de zaak mogen alleen die rechters medewerken, welke het getuigenverhoor hebben bijgewoond. Wanneer dit evenwel, ten gevolge van ontslag uit den dienst, overlijden, ziekte van langdurigen aard of eene andere dergelijke bij een of meer der rechters bestaande oorzaak, niet mogelijk is, wordt van de afwijking van den regel in de uitspraak melding gemaakt. Art. 203 (nieuw).

Heeft er een opdracht van het verhoor aan een anderen rechter plaats gehad, overeenkomstig de bepalingen van art. 200 j°. 119, dan wordt bij de beschikking welke die opdracht inhoudt, tevens de dag vastgesteld waarop de zaak weder ter rolle zal worden opgeroepen. Het zal dan van de omstandigheden afhangen of de voortzetting der zaak onmiddellijk of op nader te bepalen dag plaats zal hebben. Art. 200 § 4.

Naar de bij art. 200 § 1 toepasselijk verklaarde bepaling van art. 112 zou de rechtbank, na verhoor van partijen onmiddellijk uitspraak kunnen doen of daarvoor eene nadere terechtzitting aanwijzen. Het ligt voor de hand dat de rechtbank aan dat artikel ook wel de bevoegdheid kon ontleenen om het verhoor van de partijen tot eene nadere terechtzitting uit te stellen. Allicht zal daartoe bij de collegiën aanleiding bestaan. Doch art. 202 (nieuw) behandelt de bepaling van art. 112 als niet toepasselijk verklaard. Het was de Commissie van Voorbereiding voor het voorstel Hartogh, die in art. 218 (oud) aanleiding vond om het punt opzettelijk te regelen en zij stelde nu voor dat er eene nadere terechtzitting aangewezen moet worden. Het artikel voorziet ook in het geval dat het bevolen verhoor achterwege blijft, wat het gevolg daarvan kan wezen dat de partij het vroeg niet om het verhoor maar om zich een uitstel te verschaffen; wellicht bleek ook dat zij geen getuigen krijgen kan, of welke andere beweegredenen dan ook haar van de aanwending van het middel doen afzien. De rechtbank zou dan eenvoudig partijen kunnen gelasten onmiddellijk voort te procedeeren, doch zij moet nu een dag bepalen waarop de zaak weder ter rolle zal komen. In verband met het bij de herziening van 1896 ingevoerde zg. rolsysteem zal nu ook in dit geval, door aanwijzing van den naderen rechtdag, de zaak op de rol blijven.

De rechter doet uitspraak na verhoor van partijen. Niet noodig om, wat voor de kantongerechten gepast kan zijn; er hier bij te voegen met art. 112: „of van die welke tegenwoordig is”, daar de tegenwoordigheid van partijen, ten gevolge van de verplichting hunner procureurs om tegenwoordig te zijn, mag worden ondersteld. Art. 112 maakt er alleen melding van om te doen uitkomen dat de tegenwoordigheid van partijen geen vereischte is, zooals reeds art. 109 had bepaald dat het getuigenverhoor op den bepaalden dag plaats heeft, hetzij de partijen tegenwoordig zijn of niet. Het „audi et alteram partem” dat in den ruimsten zin toegepast niet duldt, dat er tusschen den rechter en eene der partijen iets geschiede buiten tegenwoordigheid der andere (Zie Dl. I bl. 116 v.) wordt hier minder ruim opgevat. En terecht! De partij mag er zijn en moet er zijn in haar eigen belang. Door haar wegblijven mag zij den geregelden gang der rechtspraak niet belemmeren ten nadeele van de andere partij.

Waarin zal dat verhoor van partijen bestaan? In pleidooien van de praktizijns. Conclusiën zijn genomen, het getuigenverhoor liep over feiten in die conclusiën gesteld. Er kan wel eene bijzondere aanleiding voor eene nadere conclusie bestaan, als b.v. de eischer ten gevolge van de uitkomst der getuigenissen meent zijn eisch te moeten wijzigen of verminderen wat hem tot den afloop der zaak vrijstaat (art. 134), maar overigens is er alleen te pleiten over het bewijs dat de getuigenissen voor de gestelde feiten al of niet hebben opgeleverd. Bij eenigszins ingewikkelde zaken kunnen de partijen het van belang achten het geleverde getuigenbewijs schriftelijk in conclusiën saam te vatten die dan de stof tot pleidooi opleveren. Want, ofschoon de rechter zelf de getuigen hoorde, het kan in dergelijke zaken voor hem van belang zijn te vernemen, welke opvatting elk der partijen in hare tegenstrijdige belangen van de afgelegde getuigenissen heeft of welke beteekenis het tegenstrijdig belang daaraan weet te geven. Verg. Mr. PIJNAPPEL in Handelingen der St. G. 1894—1895 II, bl. 1159 en 1160. Verg. ook vonnis Middelburg 12 Oct. 1892 n° 6377. Aan stof voor pleidooien behoeft het niet te ontbreken. Want, nu kan de nietigheid van een getuigenis wegens verzuim van eedsaflegging of het hooren van getuigen welker onbevoegdheid of wraakbaarheid door verzuim van het doen der in art. 107 voorgeschreven vragen verborgen bleef, worden bepleit, welk een en ander

echter wel tot de zeer zelden voorkomende gevallen mag gerekend worden. Dan zullen, behalve de vraag, of hetzelfde feit wel door meer dan een getuige werd gestaafd en of er tusschen afzonderlijke en op zich zelve staande getuigenissen het in art. 1943 B. W. gemeld verband bestaat, of de getuige reden van wetenschap gaf of alleen van „hooren zeggen" sprak, vooral de waardeering van de getuigenissen volgens art. 1945 B. W. en de geloofwaardigheid der getuigen in het pleit komen.

Het is hier vooral dat de advocaat kan doen uitkomen dat het een „nobile officium" is wat hij uitoefent. Den rechter voor te lichten, niet te trachten hem op een dwaalspoor te brengen, al zou het belang van den client daartoe kunnen verlokken. Met kracht en met waardigheid voor de waarheid op te komen, waar hij die door een getuige verminkt of verdraaid acht, en, waar bijzondere omstandigheden de geloofwaardigheid van een getuige verzwakken of in den weg staan, met verschooning zonder verdachtmaking daarop te wijzen en nimmer te vergeten dat het vrije woord niet mag worden misbruikt tegenover derden die de gelegenheid missen om daartegen op te komen. — Omtrent de strekking en beteekenis van art. 1945 verwijs ik naar hetgeen DIEPHUIS daarover opmerkt, III bl. 25—29 en vooral naar TOULLIER waar hij, bij de behandeling van het getuigenbewijs, uiteenzet, „précautions nécessaires pour se fier au témoignage des hommes," in le Droit civil français, IX n° 236 vv.

Dat ook een collegie onmiddellijk na afloop van het verhoor pleidooien daarover aanhoort ware zeker zeer wenschelijk, maar dat het ook onmiddellijk daarna uitspraak zou doen is eene onderstelling, die de wetgever kwalijk van den kantonrechter op de collegiën heeft overgebracht. Art. 112 j° art. 200. Intusschen staat het aan het collegie vrij; verplichting tot uitstel op een nadere terechtzitting ware geheel zonder reden hem opgelegd. Of evenwel de stand der zaak zal toelaten dat de uitspraak over de hoofdzaak zal *kunnen* volgen, hangt nog daarvan af, of zich nieuwe incidenten voordoen. De partij die inziet, dat zij in het bewijs, dat zij door het getuigenverhoor hoopte te leveren, te kort schiet, zal bijv. daarin aanleiding vinden om aan de tegenpartij den beslissenden eed op te dragen, waaromtrent opnieuw een incidenteel vonnis noodig kan worden. Ook behoeven de feiten

waarover het getuigenverhoor liep, al waren zij dienende en afdoende, juist niet alle feiten te omvatten waarvan de beslissing der hoofdzaak afhankelijk is.

Samenstelling van het collegie. Wij hebben hierboven gezien, dat de wetgever, het verhoor voor een rechter-commissaris afschaffende, als regel heeft aangenomen dat het collegie, zooals het voor de rechtspraak is samengesteld, het verhoor zou bijwonen. De reden was dat eerst daardoor een goede rechtspraak verzekerd is en dat tot een oordeel over de waarheid der feiten geroepen worden die rechters welke tot het oordeel daarvoor volkomen in staat zijn gesteld. Maar dan moet er ook een waarborg bestaan dat dezelfde leden van het collegie, die het getuigenverhoor en het tegenverhoor bijwoonden, over de hoofdzaak zullen oordeelen. Daartoe strekt de bepaling van het nieuwe artikel 203. De inachtneming van het voorschrift verviel vanzelf wanneer het verhoor, overeenkomstig art. 119 en 200 wegens verhindering of te verren afstand van 's getuigen woonplaats, aan een gedelegeerden rechter, zij het rechter-commissaris, rechtbank of kantonrechter, of aan een vreemde autoriteit of eene autoriteit in den vreemde is opgedragen. Maar er kunnen andere redenen bestaan waardoor dit onmogelijk wordt. Deze zijn met „ontslag, overlijden, ziekte van langdurigen aard of andere dergelijke" aangewezen, voldoende m. i. om de vrees uit te sluiten dat rechtbanken die veel te doen hebben lichtelijk middelen zullen aanwenden om te zeggen dat zij aan het voorschrift niet kunnen voldoen. De redenen zijn bepaald genoeg aangegeven en in de verplichting der rechters om de redenen te vermelden, ligt waarborg genoeg tegen die vrees voor simulatie, zoodat dan ook de noodzakelijkheid van de afwijking van den regel met vertrouwen aan het oordeel des rechters, zonder dat daartegen eenige voorziening toegelaten wordt, in art. 203 is overgelaten. Verg. de opmerking van den Minister van Justitie in Handelingen t. a. p. bl. 1159 en Mr. PIJNAPPEL t. z. pl.

De vermelding van de afwijking moet in de uitspraak worden opgenomen. Daarin ligt alzoo eene aanvulling van hetgeen art. 59 wil dat in het vonnis wordt opgenomen, zooals het wordt uitgesproken. Bij de vermelding van de rechters die over de zaak hebben geoordeeld zal de hier in art. 203 bedoelde vermelding van de afwijking van den regel hare plaats vinden. Verg. II 3e dr. bl. 139.

Als een gevolg van het bij de herziening van 1896 ingevoerde zg. rolsysteem, bepaalt de wet in art. 200 § 4 j° 119 § 4 (nieuw) dat de rechter bij gelegenheid van de opdracht van het verhoor aan een anderen rechter al dadelijk den dag bepaalt, waarop de zaak weder ter rolle zal worden opgeroepen. Heeft dan het verhoor voor dien anderen rechter plaats gehad, dan zal het van de omstandigheden afhangen wat er verder gebeuren moet. Was het om het hooren van een enkelen getuige te doen, als bij verhindering van den getuige om op te komen, dan zal er licht aanleiding bestaan tot bepaling van den dag waarop het verhoor der overige getuigen zal plaats hebben. Stond de opdracht in verband met te verren afstand, dan kan het zijn dat alle te hooren getuigen door den gedelegeerden rechter gehoord werden en kan de terechtzitting worden bepaald, waarop partijen over de uitkomst daarvan nader zullen worden gehoord.

Eene toelichting zal, waar de oordeelende rechter de getuigen zelf niet hoorde, zeker niet minder noodig zijn dan na het verhoor op de terechtzitting van het collegie.

Zoo kan er veel afhangen van de omstandigheden met opzicht tot hetgeen er op dien bij voorbaat bepaalden roldag zal plaats hebben.

Dat de gedelegeerde rechter een proces-verbaal van het verhoor moet opmaken ligt voor de hand en is in de wet met zoovele woorden bevolen. Art. 200 § 4. De rechter die tot oordeelen over de zaak geroepen is kan alleen op deze wijze van de getuigenissen kennis bekomen. Zal eene beteekening van een afschrift van het proces-verbaal moeten plaats hebben? Art. 218 (oud) schreef het voor na het verhoor voor den rechter-commissaris. En het zal licht geschieden. Maar als 't niet heeft plaats gehad, kan dit geen reden van nietigheid of niet-ontvankelijkheid zijn. De rechter krijgt kennis van het proces-verbaal doordien het oorspronkelijk stuk aan hem wordt opgezonden, indien althans dit zeer rationeele voorschrift van art. 119 a. h. e. algemeen toepasselijk mag geacht worden te zijn. Zie blz. 91, v.

§ 129. VERHOOR BIJ DEN KANTONRECHTER.

Over het verhoor door een kantonrechter als gedelegeerden rechter hebben wij reeds gesproken. Maar ook over het verhoor

dat door den kantonrechter afgenomen wordt in eene aan zijne beslissing onderworpen rechtzaak valt niet veel meer te zeggen. Want het is ons gebleken dat de bepalingen omtrent het getuigenverhoor bij dén kantonrechter den toon aangeven voor het getuigenverhoor bij de collegiën, waarmede wij ons in de voorafgaande §§ bezig hielden. De artikelen 103 vv. worden, wij zagen het, behoudens een enkele uitzondering, in art. 200 op de rechtspleging bij de collegiën toepasselijk verklaard. Wij hebben dus hier alleen op de eigenaardigheden, die zich bij den kantonrechter voordoen, te wijzen.

Het getuigenverhoor heeft in zaken aan de kennisneming des kantonrechters onderworpen in den regel op eene terechtzitting plaats op dezelfde wijze als bij de collegiën, met deze uitzondering dat de partijen zelve in persoon of door een gemachtigde verschijnen. Waar de wet alzoo van partijen spreekt worden daarmede niet hare procureurs maar zij zelve in persoon bedoeld. Als bij de collegiën.

De rechtspraak van den alleen-rechtsprekenden rechter maakt dat hij niet aan de voor het houden zijner terechtzittingen gewoonlijk bestemde plaats is gebonden. De kantonrechter, vergezeld van zijnen griffier, kan in alle gevallen, op alle plaatsen van zijn rechtsgebied, de getuigen hooren, welke door beide partijen gezamenlijk medegebracht, uit eigen beweging voor hem verschijnen. Daarmede vervallen dan alle anders voorgeschreven beteekeningen en oproepingen. Ook van zoodanig getuigenverhoor wordt proces-verbaal opgemaakt als het verhoor betrekking heeft tot eene zaak die door den kantonrechter in eersten aanleg wordt beslist. Art. 121. Op elke plaats van zijn rechtsgebied.

Indien er voor den getuige geldige redenen van verhindering bestaan om voor den kantonrechter te verschijnen, vervoegt de rechter zich tot hem om zijne verklaring te ontvangen. Woont de getuige die aldus verhinderd wordt buiten des kantonrechters rechtsgebied, dan verzoekt deze den kantonrechter van des getuigen woonplaats om hem op daartoe opgegeven vraagpunten te hooren. Opdracht aan anderen rechter.

Het proces-verbaal, dat de met het verhoor belaste rechter daarvan opmaakt, wordt aan den rechter die het verhoor opdroeg, gezonden. Art. 119.

In verband met hetgeen omtrent het verhoor bij de collegiën werd opgemerkt, is het niet zonder belang er op te wijzen, ofschoon wij het van elders weten, dat de partijen niet vertegenwoordigd door en alzoo in hare procureurs, maar in persoon of door een gemachtigde verschijnen. Daaruit toch laat het zich verklaren dat de wetgever in deze bepalingen herhaaldelijk dacht aan het geval dat eene partij niet tegenwoordig is, wat hij bij de collegiën nauwelijks veronderstellen mag, dewijl de procureurs verplicht zijn te komen. Als evenwel bij het kantongerecht de gedaagde eens verschenen is, zoodat er geen verstek meer tegen hem kan worden verleend, dan wordt het geding als op tegenspraak behandeld, of de gedaagde bij latere terechtzittingen tegenwoordig zij of niet. Of hij later al of niet wil verschijnen hangt van hem af; hij is daartoe niet verplicht en kan met zijn belang te rade gaan. Maar in de voortzetting van het geding kan hij door zijn wegblijven geen belemmering veroorzaken. Vandaar dat de wetgever in art. 106 onderstellen kon, dat de wederpartij bij de uitspraak van het vonnis niet tegenwoordig is en schrijft hij voor dat geval de overgifte van een afschrift van het vonnis voor. Toch schijnt dit ook te moeten geschieden aan eene partij die verstek liet gaan. Het kan haar nu ook, naar aanleiding van art. 89*a*, ten goede komen. Zoo wordt verder in art. 109 uitdrukkelijk gezegd dat de getuigen gehoord worden, *hetzij partijen tegenwoordig zijn of niet*. Dat is eene bepaling waarvoor alleen bij de kantongerechten, om straks vermelde reden, eene goede aanleiding bestaat. Zal men nu evenwel uit die bepaling afleiden dat de kantonrechter zelfs tot verhoor overgaat als geen van beide partijen tegenwoordig is? Al spreekt art. 42 Regl. I alleen van het geval dat de *praktizijns* van beide partijen op den dag tot voortzetting van de zaak bepaald afwezig zijn en al wil het dan doorhaling van de zaak op de rol, waarvan het reglement ook al bij de kantongerechten niet weet, het zijn de partijen tusschen welke de rechter tot rechtspraak geroepen is, het zijn de partijen die tot bewijsvoering zijn geroepen; als partijen geen van beide zich om hunne zaak bekreunen is de taak des rechters afgeloopen. Terwijl zoo dikwijls in de wet van partijen gesproken wordt waar een der partijen werd bedoeld, mogen waarlijk de *woorden* van art. 109 § 1 ons niet verhinderen de eenig rationeele toepassing der wet te volgen. En wat de bepa-

lingen van het Reglement betreft, daarbij is zoo weinig aan de kantonrechters gedacht dat in de afdeeling: Algemeene bepalingen, en zelfs in de Afdeeling houdende bijzondere bepalingen van de gerechtshoven, rechtbanken en kantongerechten, meerendeels voorschriften gegeven worden alsof er geen kantonrechters waren, terwijl ze slechts als bij toeval bij name worden genoemd. Zoo wordt ook nog in art. 112 aan het geval gedacht dat eene van de partijen bij den afloop van het getuigenverhoor niet tegenwoordig is. Ook dan kan daardoor de verdere behandeling van de zaak niet worden opgehouden, maar wordt alleen die partij gehoord welke tegenwoordig is.

Wanneer art. 205 § 3 eene zoo algemeene strekking had als de H. Raad daaraan meende te moeten toekennen, dàn is het geen wonder dat ook de kantonrechter het getuigenverhoor op eene terechtzitting met gesloten deuren hield. Dat het geschiedde is mij bekend, of het algemeen gepraktizeerd werd durf ik niet beslissen. Het was hier ook weer „le premier pas qui coûte!" Maar met het vervallen van art. 205 § 3 uit de wet, zal deze anomalie ook wel uit de praktijk verdwijnen.

De kantonrechter kan, als alleenrechtsprekend rechter, zich gemakkelijk bewegen. Waar hij in zijn kanton is met zijn griffier, daar is het gerecht. Van die omstandigheid heeft de wetgever ook in art. 101 partij getrokken, waar hij den kantonrechter de bevoegdheid geeft om onmiddellijk op de plaats waar eene plaatsopneming geschiedt of deskundigen werkzaam waren, uitspraak te doen. Daarvan wordt ook hier in art. 121 gebruik gemaakt. Dat de kantonrechter daartoe vergezeld moet zijn van den griffier, wordt in art. 121 nog weer uitdrukkelijk gezegd. Men zou meenen, het sprak wel van zelf, behoefde althans niet voor de tweede maal gezegd te worden. Art. 101 bepaalt het toch ook reeds voor een g e t u i g e n v e r h o o r en voegt er nog bij dat de griffier de minuut van het vonnis waarbij de verrichting, hier het getuigenverhoor, bevolen is moet meebrengen.

Het vonnis is zeker bij 't verhoor wel noodig. Want het vermeldt de feiten, welke moeten worden bewezen. Maar het bevat ook aanwijzing van de plaats, dag en uur waarop de getuigen zullen worden gehoord. Deze laatste bepaling maakt het wel wat

moeilijk, hoe we ons de zaak moeten voorstellen, als art. 121 in toepassing wordt gebracht. Moeten partijen 't vooraf met elkander en met de getuigen eens zijn over tijd en plaats waar zij vrijwillig zullen samenkomen om dezen door den kantonrechter in zijn vonnis te doen aanwijzen? Zou de wetgever soms in deze bepaling, onbewust en meer door zijne verbeelding dan door de werkelijkheid bestuurd, eene eenigszins opgesmukte reclame voor den alleenrechtsprekenden vrederechter hebben neergeschreven?

Met opzicht tot de opdracht van het getuigenverhoor aan een anderen rechter en het verhoor van den getuige in zijne woonplaats verwijs ik naar hetgeen ik daaromtrent bij het verhoor aan een gedelegeerden rechter opgedragen, opmerkte.

Alleen merk ik op dat, terwijl art. 119 de opdracht aan een plaatselijken rechter beperkt tot het geval dat de getuige verhinderd wordt te komen, verwijdering van de woonplaats des getuige daartoe geen aanleiding mag geven. Hoe ver de woonplaats van den getuige buiten het rechtsgebied des kantonrechters moge liggen, altijd zal hij bij den rechter moeten komen.

Voor de onmiddellijke voortzetting van het geding na afloop van het verhoor, door het hooren der partijen en de uitspraak van het vonnis, zal bij den kantonrechter eer dan bij de collegiën gelegenheid bestaan. Zie art. 112. De kantonrechter heeft na afloop van het verhoor geen dag te bepalen, waarop de zaak weder ter rolle zal worden opgeroepen, zooals art. 202 (nieuw) dit voor de collegiën bepaald. Dien dag heeft hij alleen aan te wijzen bij gelegenheid dat hij het verhoor aan een anderen kantonrechter opdraagt, (art. 119 § 4, nieuw). Of geldt deze bepaling voor den kantonrechter alleen bij de rogatoire commissie?

§ 130. GETUIGENVERHOOR BUITEN GEDING.

I. Het voorloopig getuigenverhoor.

Wetb. van Burg. Rechtsv. B. III tit. 6 afd. 11, artt. 876—881 gewijzigd bij wet van 23 December 1886 Stbl. n°. 230 artt. 5 en 6. In onze Oudhollandsche rechtspleging als enquête valetudinair bekend, en volgens v. D. LINDEN Jud. practycq, II bl. 52 in onbruik geraakt, doch, als uitvloeisel van de rege-

ling van het getuigenverhoor in het algemeen, opgenomen in het Wetb. van 1799 artt. 202—207 in verband met art. 85 vv. en in Wetb. van L. N. artt. 734—741 in verband met artt. 632 vv.

Wanneer in gevallen, waarin het bewijs door getuigen niet is uitgesloten, vóór dat nog een geding aanhangig is of vóór dat in een aanhangig geding het verhoor kan plaats hebben, gevaar bestaat, dat het bewijs door getuigen onmogelijk zou worden, hetzij uit hoofde van ouderdom of ziekte van personen die als getuigen zouden moeten worden gehoord, hetzij uit hoofde van hun voornemen om het land te verlaten, hetzij om andere dergelijke, door den rechter te beoordeelen redenen, kan de belanghebbende den rechter verzoeken onverwijld te bevelen dat een getuigenverhoor zal worden gehouden. Art. 876. **Wanneer komt te pas?**

Het hooren van beide partijen, dat alleen een waarborg voor eene rechtvaardige rechtspleging kan opleveren (Dl. I bl. 116), verbiedt dat een verhoor van getuigen, waaruit bewijs van feiten zal worden geput, plaats hebbe zonder dat de partij tegen wie men dat bewijs wil doen gelden, in de gelegenheid worde gesteld daarbij tegenwoordig te zijn. Zelfs al liet zij verstek gaan, wordt zij door beteekening van een in het geding bevolen getuigenverhoor, in de gelegenheid gesteld alsnog in het geding op te komen art. 89*a* (nieuw). Is zij eens in het geding, en behoorlijk van een te houden getuigenverhoor verwittigd, dan heeft zij zelve zich de nadeelen te wijten, welke uit hare afwezigheid kunnen voortvloeien. Het „hooren van beide partijen" sluit een verhoor buiten geding uit. Iemand kan zich geene partij scheppen alleen voor het houden van een getuigenverhoor èn alzoo geen geding doen ontstaan, waaraan de grondslag, het betwisten of het belemmeren van de uitoefening van eens anders recht, ontbreekt. En een eenzijdig verhoor, zij het onder leiding des rechters gehouden, zonder eenige contrôle van eene tegenpartij afgenomen, moet uit zijn aard de vereischte bewijskracht missen. De tegenspraak van de partij, die het meeste belang heeft om de onjuistheden in de afgelegde verklaring of de mindere betrouwbaarheid van den getuige te doen uitkomen, ontbreekt en daarmede het „wederhoor" dat de rechter tot het geven van eene rechtvaardige en onpartijdige beslissing behoeft.

Intusschen is het leveren van bewijs door getuigen afhankelijk van de mogelijkheid om de personen te hooren die in staat zijn om te getuigen. Zijn zij oud of ziek of in verre landen, men zal hun getuigenis licht moeten missen als eens een geding ontstaat en het noodige bewijs van feiten, waarvan een recht afhankelijk is, zal ontbreken. Met het bewijsmiddel staat of valt het recht. Daarom kan het van belang zijn zoodanige personen, wier leeftijd of gezondheidstoestand of voornemen om het land te verlaten, doet vreezen dat zij te zijner tijd niet bij de hand zullen zijn, vooraf, ook buiten geding, te hooren, al zal waarschijnlijk aan hunne verklaringen niet dezelfde bewijskracht kunnen worden toegekend als in het geval dat zij in tegenwoordigheid van de tegenpartij werden gehoord. Daartoe kende de oud-fransche rechtspleging (Edit de CHARLES VIII, de l'an 1493 art. 58) het rechtsmiddel bekend onder den naam van enquête d'examen à futur, dat evenwel, wegens de misbruiken waartoe het aanleiding gaf, in den XIII[den] titel van de Ord. van 1667, de l'abrogation des enquètes d'examen à futur et des enquêtes par turbes, werd afgeschaft. „Le Roi avoit d'abord", dus RODIER in zijne Questions sur l'ordonnance, op dezen titel, „fait dresser douze articles, pour déterminer les cas ou la forme des Enquêtes à futur; mais lors des Conférences pour l'examen de l'ordonnance, M. le premier président donna de si bonnes raisons pour supprimer l'usage de ces procédures plutôt que de s'occuper à en corriger les abus que le Roi trouva à propos d'abroger absolument ces sortes d'Enquêtes, sans excepter même un cas bien favorable que M. Pussort avait relevé". Zie de hier bedoelde discussiën in Procès-verbal des Conférences ed. 1709 op tit. XXIV, bl. 328 vv. De eerste president meende hier gebruik te moeten maken van een gezegde van een geleerde uit de 16e eeuw: „Centum lituris mederi non possis, una possis facile"; „c'est à dire en retranchant entièrement les enquêtes à futur". Dit neemt niet weg dat de uitleggers van de Ord., als RODIER en JOUSSE, de vraag stelden, of, niettegenstaande de Ord., in geen geval de enquête à futur was toegelaten en zij antwoordden bevestigend op die vraag, al was dit dan ook niet voor gevallen als de oude ordonnantiën in het oog hadden. En ofschoon de C. de pr. de rechtsinstelling niet opnam, toonde het verschil van gevoelen onder de schrijvers en in de jurisprudentie dat de behoefte er aan meermalen gevoeld werd. Zie het opstel van VA-

LABRÉGUE aangehaald en besproken hierboven 1e st. op blz. 99. De fr. schrijvers, die, als BONNIER I n°. 254 en GARSONNET II § 343, het getuigenverhoor buiten geding toegelaten achten, willen de regelen omtrent het getuigenverhoor in het geding toegepast hebben en onderstellen alzoo de noodzakelijkheid van de oproeping van belanghebbenden bij tegenspraak. — In onze oud-hollandsche rechtspleging was de instelling als Enqueste valetudinair bekend en vindt men haar behandeld bij de schrijvers aangehaald door VAN DER LINDEN, Jud. Practycq. II bl. 52, die evenwel zegt dat zij in onbruik was geraakt, omdat men haar niet noodig had daar door andere middelen het doel bereikt konde worden. Dat VAN DER LINDEN het in onbruik geraken zou betreurd hebben (OP DEN HOOFF bij V. D. HONERT bl. 770) blijkt niet. Hij had er trouwens geen reden voor. De wijze van procedeeren toch, welke haar overbodig maakte, zal wel die geweest zijn, welke in de Briefwisseling van eenige Regtsgeleerden over de aanstaande Wetgeving, bl. 230, „de Amsterdamsche manier van bewijzen door verklaringen" genoemd werd en die „èn bij de manier van procedeeren in 1799 vastgesteld èn bij het ontwerp van bewijs van 1804 èn bij de manier van procedeeren onder den Koning van Holland in 1809 gedecreteerd, overgenomen is geworden". Toch werd in de „Briefwisseling" op het behoud der Enqueste valetudinair aangedrongen, doch aan dien wensch, welken het Wetb. van 1830 onvervuld liet, werd eerst bij de herziening van 1838 gevolg gegeven. Men vindt nu in het Wetboek wel in praktijk gebracht de wenken en beginselen in de Briefwisseling t. a. p. ontwikkeld, doch de bepalingen zijn geheel ontleend aan het wetboek van Koning LODEWIJK dat weder de wet van 1799 volgde. Ons voorloopig getuigenverhoor, is toch niet anders dan een bewijs door verklaringen, waartoe die wetten het getuigenbewijs zelf hadden teruggebracht en de „eenige bepalingen over het voorloopig getuigenverhoor die in de artt. 734—741 van het Wetb. van Koning LODEWIJK voorkomen", (zie DE PINTO II bl. 951), zijn algemeene bepalingen omtrent het getuigenverhoor, welke met artt. 632 vv. (verg. Wetb. 1799 artt. 202—207 in verband met artt. 85 vv.) het geheele onderwerp regelden. Zie ook V. D. LINDEN'S Ontwerp Burg. Wetb. B. IV tit. IX afd. 3 art. 17 vv. coll. art. 5 van tit. VIII. Naar die bepalingen had ieder in alle gevallen bevoegdheid om „zoowel hangende het proces

als alvorens hetzelve aan te leggen getuigen door commissarissen te doen hooren op zoodanige vraagartikelen als hun vanwege den verzoeker zullen worden voorgehouden". De aldus afgelegde verklaringen werden in het geding overgelegd en konden aanleiding geven dat de getuigen op vordering van de tegenpartij in het geding opnieuw werden opgeroepen om hunne verklaringen onder eede te bevestigen en op tegenvragen te worden gehoord. Wanneer dan getuigen die vroeger verklaringen hadden afgelegd niet meer te vinden waren of op verre reizen mochten zijn, dan moest de partij, die hunne verklaring had overgelegd, behoorlijk bewijs van die omstandigheid leveren. Dan hield hare verplichting om de getuigen te doen verschijnen op en hunne verklaring kon „in zooverre in aanschouw genomen worden als naar den aard en de omstandigheden der zake in billijkheid zal bevonden worden te behooren". Ook dit laatste werd uitdrukkelijk in art. 641 W. v. L. N. (overeenkomstig art. 91 Wetb. van 1799 en Ontwerp v. d. Linden tit. IX afd. 3 art. 26) bepaald. De Pinto, zag dit, t. a. p. over het hoofd. Het verhoor buiten geding wordt dus algemeen toegepast, en voor de gevallen waarin thans voorloopig getuigenverhoor is toegelaten, had men geen behoefte aan bijzondere bepalingen, behalve die over de bewijskracht, welke ook in art. 880 van ons Wetb. wordt aangetroffen. De wetgever van 1809 noemde niet ten onrechte de wijze van procedeeren, welke hij in het 8ste hoofdstuk voorschreef in art. 742, eene „korte" wijze van procedeeren (zie ook art. 208 Wetb. 1799). Zij moge eene oorspronkelijke, Amsterdamsche, wijze van procedeeren geweest zijn, ongelukkig was zij even slecht als kort.

Opdat een voorloopig getuigenverhoor kunne plaats hebben wordt vereischt:

1°. dat er gevaar bestaat dat, voordat een geding aanhangig is of voordat in een aanhangig geding het verhoor kan plaats hebben, het bewijs door getuigen onmogelijk zou kunnen worden, of zooals de wet het uitdrukt „het bewijsmiddel zou kunnen verloren gaan", door overlijden of afwezigheid van personen die anders als getuigen zouden hebben kunnen worden gehoord;

2°. en dat de feiten waarover de verklaringen der getuigen moeten loopen, door getuigen bewezen mogen worden; het bewijs daarvan

door getuigen is toegelaten, of liever, niet is uitgesloten. Art. 876.

Wat het eerste punt betreft, zoo is eerst sedert de wet van 1886 het voorloopig getuigenverhoor ook toegelaten wanneer een geding reeds aanhangig is, voordat het verhoor kan plaats hebben. Zeker was het geval waarvan de wetgever van 1838 sprak, het meest voor de hand liggend geval dat nog geen geding aanhangig is; ook gaf de regeling van het getuigenverhoor in het geding licht aanleiding om juist daârvan te spreken; toch is het niet te ontkennen dat er ook gevaar door uitstel kan ontstaan, wanneer er een geding aanhangig is, maar gewacht moet worden, tot dat naar de algemeene regelen, een getuigenverhoor kan worden gevraagd. Het lag geheel in den geest van de oude regeling dezer instelling en ook in den geest der wet van 1838 om het in dit geval niet te weigeren. Doch, daar het niet is tegen te spreken, dat wij hier met een buitengewoon middel te doen hebben, bij welks toepassing, om maar dit alleen te noemen op het groote beginsel van het hooren van beide partijen werd inbreuk gemaakt, en die inbreuk nog grooter wordt als in een reeds aanhangig geding de rechter een der partijen buiten weten van de andere tot eene of andere handeling toelaat, was zeker voor de toelating eene uitdrukkelijke bepaling van de wet noodig. Onder de wet van 1838 zou ik mij eer met OUDEMAN III bl. 279 n[t] 3 dan met DE PINTO en PENNINCK, aldaar aangehaald, vereenigd hebben. Tegen de aanvulling, welke art. 873 bij de wet van 1886 onderging en die is ontleend aan het Ontwerp B. IV. tit. III art. 47, was dan ook weinig in te brengen en is inderdaad niets ingebracht *).

De wet noemt als redenen, waardoor het bewijs door getuigen te zijner tijd onmogelijk zou zijn, overlijden der getuigen wat om hun hoogen ouderdom of ziektetoestand reeds nu zou kunnen worden verwacht en hunne afwezigheid welke ten gevolge van voornemen om het land te verlaten, gevreesd wordt. Daarop wordt ook in de oudere rechtsbronnen gewezen. De wet noemt die redenen evenwel voorbeeldshalve. Want zij voegt er bij: „hetzij om andere derge-

*) Opmerking verdient alleen de zorg der Regeering voor de herziening van een artikel waarvan, volgens hare toelichting, in de praktijk niet veel gebruik wordt gemaakt, terwijl er zooveel meer belangrijks te herzien was, en zonderling werd zeker deze herziening saamgekoppeld met de herziening van het beruchte art. 79 en anderen betreffende het verstek. De herziening van art. 876, en van 880 als noodzakelijk gevolg, ging dan ook nog te eer onopgemerkt door als de anderen meer tot geredekavel aanleiding gaven.

lijke door den rechter te beoordeelen redenen". De rechter zal dus ten slotte te beoordeelen hebben of de aangevoerde redenen van ouderdom, ziekte of voornemen om uit het land te gaan in het gegeven geval afdoende zijn en evenzoo de geldigheid van andere redenen hebben te beoordeelen. De uitleggers van de ordonnantie van 1667 als JOUSSE en RODIER zijn, niettegenstaande 's wetgevers volstrekt verbod, van oordeel dat er toch gevallen zijn waarin de enquête d'examen à futur moet worden toegelaten: „comme lorsqu'une marchandise vient à périr entre les mains d'un voiturier par un accident imprévu, ou un cheval entre les mains de celui qui l'a loué. En ce cas il paraît juste de faire entendre sur le champ des témoins devant le juge du lieu où la chose est périe, pour faire mention de leurs déclarations dans le procès-verbal qu'il dressera à cet effet". En zij weten enkele pandektenplaatsen en ook jurisprudentie voor dit gevoelen aan te halen. Het komt mij voor dat dergelijke gevallen zelfs onder onze wet niet kunnen worden begrepen. De redenen moeten liggen in de onmogelijkheid om zekere getuigen wegens den toestand waarin die getuigen verkeeren te zijner tijd te kunnen hooren. Verder mag men het „dergelijke redenen" zeker niet uitstrekken. Welk gevaar bestaat er in het door JOUSSE aangehaalde geval meer dan in eenig ander?

Het tweede vereischte heeft zijne noodzakelijkheid in zich zelf. Maar even duidelijk is het ook dat hier niet van oneens zijn van de partijen noch van het ter zake dienende en afdoende der feiten sprake kan zijn. Er zijn geene partijen en er is geen geschil. Want waar het geding reeds aanhangig is, wordt het toch voorondersteld nog niet ten aanzien van door getuigen te bewijzen feiten te zijn gepraeciseerd.

Hoe en wien gevraagd?

Het verzoek wordt schriftelijk gedaan aan de rechtbank van het arrondissement, waarin de personen die men als getuigen wil doen hooren of het grootste aantal van hen woonachtig zijn.

Het verzoek houdt in:

1°. de redenen welke een voorloopig getuigenverhoor noodzakelijk maken,

2°. de te bewijzen feiten,

3°. den naam en woonplaats der te hooren getuigen. art. 877.

Dat de wetgever van 1838 voor eene buitengewone rechtspleging als deze den gewonen rechter aanwees is zeer natuurlijk. Maar toen de wetgever begreep vele gevallen van vrijwillige rechtspraak van de arrondissements-rechtbanken op de kantonrechters te moeten overbrengen (wet van 1874 nº. 68) had ook het voorloopig getuigenverhoor dat zeer zeker tot de vrijwillige rechtsmacht behoort en waarbij geen geschil te beslissen valt, naar de kantongerechten overgebracht mogen worden. Doch 't is den wetgever van 1874 eer te vergeven, dat hij er niet aan dacht dan dien van 1886, die zich zoo opzettelijk voorstelde om aan het voorloopig getuigenverhoor ruimere toepassing te verzekeren. Het ook in andere opzichten gemakkelijker te maken lag daarbij voor de hand.

Het was goed gezien om de betrekkelijke bevoegdheid des rechters hier tot eene volstrekte te maken en deze met de woonplaats der getuigen in verband te brengen. Waarom nu evenwel dit niet op alle getuigen toepasselijk gemaakt, waarom op 't grootste getal gelet? Het zal hier immers bij ouderdom of ziekte en niet minder bij een op handen zijnd vertrek van belang zijn dat de plaatselijke rechter er zich mede belaste. Draagt men nu het verhoor aan den kantonrechter op dan heeft men meteen een rechter die zich gemakkelijk beweegt en zich desnoods tot de getuigen kan begeven. Of hier dan de mogelijkheid ontstaat dat de getuigen, zoo er meer zijn, door verschillende rechters worden gehoord, raakt de waarde van het verhoor niet. En het bezwaar in de kosten wordt door andere voordeelen opgewogen.

De reden voor hetgeen in het verzoekschrift moet staan ligt voor de hand.

Indien de rechtbank het verzoek toestaat, bepaalt zij den dag en het uur, waarop het getuigenverhoor zal plaats hebben en benoemt een harer leden als rechter-commissaris voor wien het zal worden gehouden. Art. 878. **Hoe bevolen?**

De opdracht van het verhoor aan een rechter-commissaris met uitsluiting van het collegie, is hier wèl gerechtvaardigd. Het is de vraag of de rechtbank wel ooit over het later aan te leggen geding zal geroepen worden te oordeelen. En of dan dezelfde personen nog leden van het collegie zullen zijn is evenmin zeker. In ieder geval zal de rechtbank niet, althans meerendeels niet, onder den onmiddellijken indruk van het verhoor in de zaak waartoe het

betrekking heeft, hebben te oordeelen. Maar dan pleit ook deze omstandigheid weder voor eene opdracht aan den kantonrechter, die zelf doet wat de rechtbank aan een ander moet opdragen.

Hoe geschiedt het verhoor? De dagvaarding van de getuigen en hun verhoor na de beantwoording der in art. 107 vermelde vragen en de eedsaflegging geschiedt op de wijze als in art. 105, 107 en 109 voor het getuigenverhoor bij den kantonrechter is bepaald. De dwangmiddelen, bij artt. 116—118 tegen weggebleven of weigerachtige getuigen aan den rechter gegeven, kunnen ook hier door den rechter-commissaris worden toegepast. Wanneer de rechter-commissaris aan één dag niet genoeg heeft, dan mag hij het verhoor tot een anderen dag uitstellen (art. 114). De schadeloosstelling wordt aan de getuigen toegelegd op de wijze als bij art. 113 is bepaald.

Daar het getuigenverhoor op een verzoek plaats heeft, dat niet beteekend wordt, heeft de belanghebbende met eene wederpartij niet te maken. Wat alzoo in de overigens toepasselijke bepalingen van den IIden titel die wederpartij betreft, blijft hier buiten toepassing. Art. 879.

Evenals voor de oproeping der getuigen tot een verhoor bij den kantonrechter, geldt hier de termijn van drie dagen volgens het bij art. 879 toepasselijk verklaard art. 105. De wetgever vergat echter de bijzondere bepalingen, welke hij in art. 208 en vv. voor het verhoor bij den rechter-commissaris maakte, hier niet. Niettegenstaande de algemeene verwijzing in art. 879 naar bepalingen van den tweeden titel, dacht hij er aan dat de rechter-commissaris niet dan onder zeker voorbehoud over wrakingen beslissen kon en anders partijen naar de rechtbank moest verwijzen. Dat zou hij nu ook hier moeten doen volgens het in art. 879 aangehaalde art. 214. Zeker niet ter bevordering van eene prompte afdoening der zaak. Gelukkig evenwel, dat de groote bedachtzaamheid des wetgevers hier moet blijken overbodig te zijn. Hij vergat dat hij in hetzelfde art. 879 bepaalde dat al hetgeen ten aanzien van de wederpartij is bepaald hier niet toepasselijk is. En nu is het zeker moeilijk te begrijpen, hoe eene wraking kan voorkomen zonder wederpartij. Zie reeds v. d. Honert bl. 771 n°. 2; verder de Pinto II bl. 953; Oudeman III bl. 281. De wetgever van 1886

had wèl gedaan met in dat art. 879 die woorden: in verband met art. 214, even te schrappen en alzoo dat vlekje in 't werk van zijn voorganger uit te wisschen. Het was toch ook zijne bedoeling niet om, wanneer het voorloopig verhoor in een aanhangig geding zou plaats hebben, de tegenpartij te doen oproepen. Dat hier ook maar aan gedacht is blijkt nergens uit. Nu bij de herziening van 1896 art. 214 is ingetrokken hangt de aanhaling daarvan niet alleen materieel maar ook formeel in de lucht!

Art. 119 had niet toepasselijk verklaard behoeven te worden, als ieder getuige voor den kantonrechter van zijne woonplaats moest worden geroepen. Dat ook daardoor omslag zou vermeden worden behoeft geen betoog. Of overigens in het geheel die toepasselijkverklaring van eene bepaling die juist bij de rechterl. collegiën niet toepasselijk is, althans niet zooals zij luidt in haar geheel (zie art. 200), en nu nog wel met de rogatoire commissie incluis, oordeelkundig mag heeten, is ook te betwijfelen.

De verklaringen der getuigen in een voorloopig verhoor afgelegd mogen niet tot bewijs dienen zoolang het mogelijk is hen op de gewone wijze in het geding te hooren, Art. 880. **Bewijskracht van de verklaringen.**

Wordt dit door overlijden of afwezigheid van de getuigen, of om andere dergelijke redenen onmogelijk, dan mag het door den rechter-commissaris of den volgens art. 119 gedelegeerden rechter opgemaakt proces-verbaal van het voorloopig getuigenverhoor in het geding worden overgelegd. De rechter zal aan de daarin opgenomen verklaringen zoodanige bewijskracht toekennen als hij naar omstandigheden raadzaam zal achten. Het tegenbewijs blijft vrij. Art. 881.

De bepaling van art. 880 onderging eene wijziging van redactie in 1886 als noodzakelijk gevolg van de toelating van het voorloopig getuigenverhoor ook wanneer reeds een geding aanhangig is. Zij werd ook ontleend aan art. 51 van het Ontwerp.

In art. 641 van het Wetb. v. L. Nap. t. a. p. werd ten aanzien van de bewijskracht hetzelfde bepaald. Art. 91 Wetb. 1799.

Kunnen de getuigen nog worden gehoord dan kan hersteld worden alles wat er materieel en formeel aan hunne verklaringen ontbrak om er bewijs uit te putten. Kan dit niet, dan moet wel de beoordeeling harer waarde aan den rechter worden overgelaten,

nadat zij aan de beoordeeling van de tegenpartij zijn onderworpen, die door de overlegging van het proces-verbaal in het geding, in staat wordt gesteld om al wat in de verklaringen onjuist mocht zijn of wat de getuigen min geloofwaardig mocht maken, aan 's rechters oordeel te onderwerpen. Is de mogelijkheid om wraking te doen gelden voorbij, op de redenen van wraking die zouden hebben bestaan, kan toch gewezen worden. Door dit alles wordt ieder bezwaar opgeheven om den rechter de bevoegdheid te geven ook aan deze getuigenissen volle bewijskracht toe te kennen wat hem dan ook volgens de bewoordingen van art. 881 vrijstaat. Daartegen staat niet in den weg dat in de Mem. van Toel. er op gewezen werd dat het voorloopig verhoor een vermoeden oplevert van hetwelk de rechter naar het voorschrift van art. 1959 gebruik kan maken. Daaraan is hij niet door art. 881 gebonden. DIEPHUIS, Systeem III bl. 94 en de daar aangehaalde een afwijkend gevoelen verdedigende schrijvers. — En de gelegenheid voor tegenbewijs staat der tegenpartij open. „Het tegenbewijs wordt van rechtswege toegelaten" zegt de wet in art. 881 daarbij overnemende de bewoordingen van art. 103 § 4 (thans 104) en 199 § 3. Deze kunnen hier evenwel niet hetzelfde beteekenen. Hier kunnen de woorden: van rechtswege, niet beteekenen dat de rechter tot het leveren van het tegenbewijs zelfs geen verlof behoeft te geven, want hoe zal hier anders de dag voor dat verhoor tot tegenbewijs bepaald worden? Zij beteekenen hier dat, ofschoon de rechter tijd en plaats voor dat verhoor heeft te bepalen en dit van hem gevraagd moet worden, hij het verlof moet geven en over de toelaatbaarheid niet heeft te oordeelen. De tegenstelling, welke in art. 104 en 199 het „van rechtswege" rechtvaardigt, valt hier weg en die bijvoeging kon dus hier worden gemist. Op zich zelf kan „van rechtswege" beteekenen zoowel „door de wet alleen" als „door eene tot uitvoering van eene bepaling der wet aan deze gebondene handeling des rechters"; maar het gebruik van dezelfde uitdrukking in verschillende beteekenissen in bepalingen, die dezelfde beteekenis met grond doen verwachten, dunkt mij een misslag in de techniek der wetgeving.

II. Andere gevallen.

Bij het voorloopig getuigenverhoor geeft de afzonderlijke behandeling van zelf tot bijzondere voorschriften aanleiding. Intusschen komen er in de wetgeving nog andere gevallen voor waarin de wetgever een getuigenverhoor buiten geding voorschrijft. Het ontbreken van nadere bepalingen kan daar de vraag doen ontstaan omtrent de toepasselijkheid der algemeene voorschriften.

De gevallen, waarin van getuigenverhoor buiten eigenlijk rechtsgeding de rede is, vindt men bij de onder curateelestelling in art. 494 B. W. en art. 34, 5° der wet van 27 April 1884 n°. 96 (krankzinnigengestichten): bij de verklaring van vermoedelijk overlijden, art. 525 B. W., en in art. 66 der faillissementswet. Welke gevallen.

a. Onder curateelestelling.

Terwijl art. 491 B. W. bepaalt dat bij een verzoekschrift, waarbij curateele wordt gevraagd, moeten worden opgegeven bepaalde feiten waaruit van „onnoozelheid, krankzinnigheid of razernij" kan blijken, dat daarbij moeten worden gevoegd schriftelijke bescheiden en eene opgave der getuigen, geeft art. 494 aan den rechter de bevoegdheid om, wanneer hij, na verhoor van de bloedverwanten of aangehuwden en na ondervraging van dengene wiens curateele verzocht wordt, niet genoegzaam is ingelicht, het hooren van getuigen te bevelen, ten einde de aangevoerde daadzaken tot klaarheid te brengen.

Het is duidelijk dat het hooren van de verwanten en van den persoon wiens curateele verzocht wordt evenals dat getuigenverhoor buiten eigenlijk geding plaats heeft. Alles behoort tot eene voorafgaande instructie tot voorbereiding van het eigenlijk geding, hetwelk aanvangt met de oproeping van partijen ter terechtzitting art. 496. Er zijn er evenwel die er anders over denken. Zie bij Diephuis V. bl. 548 n°. 4, Asser. Handl. I bl. 441. Het geding tot onder curateelestelling behoort dus èn tot de vrijwillige èn tot de eigenlijke rechtspraak; het geheel is eene procedure van een geheel bijzonder karakter en ook dat gedeelte wat tot de vrijwillige rechtspraak kan gebracht worden heeft dit eigenaardige dat

de rechter uitsluitend op de door den verzoeker aangegeven feiten en bewijzen te letten heeft en de onder curateelestelling niet uitspreekt, wanneer de reden daarvan niet, door de bijgebrachte bewijsstukken of het door getuigen geleverd bewijs der feiten, door den verzoeker wordt aangetoond. Zijne lijdelijkheid nadert hier meer die welke hij in het eigenlijk geding heeft. Verg. wat ik over het karakter der voluntaire jurisdictie opmerkte in Dl. I bl. 95. Het beginsel dat aan deze bijzondere procedure ten grondslag ligt wordt door haar onderwerp voor zoover het de krankzinnigheid betreft wel gerechtvaardigd. Dat geheel dezelfde bepalingen op de onder curateelestelling wegens verkwisting werden toepasselijk gemaakt laat zich wel verklaren, niet rechtvaardigen. Het Ontwerp van 1886 (Staatscommissie van 1880) heeft met behoud van het beginsel eene met den toestand der krankzinnigen zooals die thans beschouwd wordt meer overeenstemmende procedure en geheel andere bepalingen betreffende de verkwisters voorgesteld. Zie Mr. C. Asser Handleiding I dl. blz. 32 Supplement.

Wanneer nu de rechter een getuigenverhoor beveelt, zal hij daarvoor tijd en plaats bepalen. Het oproepen van de getuigen wordt dan eene verplichting van den verzoeker. Men zou zich wel kunnen voorstellen, dat de rechter den last deed geven aan de getuigen om voor hem te verschijnen, daar zij bij het verzoekschrift moeten worden opgegeven. Doch daarvoor zijn de uitdrukkingen, waarvan de wetgever zich in art. 494 bedient: „zal zij het hooren van getuigen bevelen", niet bepaald genoeg; bovendien zijn zij geheel in overeenstemming met die welke bijv. in art. 199 B. R. voorkomen.

Ook komt het mij, met Diephuis V, bl. 545, voor dat nog andere dan de bij het verzoekschrift opgegeven getuigen kunnen worden gehoord. De strekking van die opgave heeft zeker in de eerste plaats ten doel om te voorkomen dat geene losse en onbestemde opvattingen of onderstellingen tot feiten worden gemaakt waaruit krankzinnigheid zou worden opgemaakt en zeker had de wetgever in art. 494 van de getuigen gesproken, in dien hij het verhoor tot de bij het verzoekschrift opgegeven beperkt wilde hebben. De verwijzing van den wetgever naar het hooren van getuigen slaat kennelijk op eene elders geregelde instelling terug en er bestaat dan ook, dunkt mij, geen bezwaar om bij dit getuigenverhoor de bepalingen van art. 200 en de daaraangehaalde

benevens art. 203, met uitzondering van hetgeen daarbij ten aanzien van de wederpartij is bepaald, toepasselijk te achten. Ook de artt. 116—118 voor zoover zij niet door de artt. 192 n°. 2 en 444 Swb. zijn vervallen, zijn, behalve die laatstgenoemde artt. van het Swb., hier toepasselijk. Terwijl eindelijk getuigen hier niet anders dan als bewijsmiddel worden gebezigd, zijn de bepalingen, welke de III° titel van B. IV B. W. omtrent de vereischten in de getuigen en de bewijskracht der getuigenissen bevat, hier eveneens toe te passen. Met name is dit het geval met de artt. 1946, 1947 en 1949. Zie DIEPHUIS t. a. p. met wien ik het ook eens ben ten aanzien van hetgeen hij aldaar omtrent art. 1951 B. W. en art. 827 B. R. opmerkt. Zie ook LAND I bl. 435.

Na de wet van 1884 zal de onder curateelestelling wegens krankzinnigheid wel meerendeels na eene voorafgaande plaatsing in een krankzinnigengesticht worden verzocht. Uit de bijzondere bepalingen, welke die wet in art. 34 n°. 1, 4, 5 in verband met art. 23 lid 4 en 5, omtrent het getuigenverhoor bevat, blijkt, dat bij het verzoekschrift geene opgave van getuigen vereischt wordt en dat bij het verhoor: lees de ondervraging, welke volgens art. 493 of 497 moet plaats hebben, tevens de geneeskundigen en andere personen die zich in het gesticht bevinden als getuigen worden gehoord zonder voorafgaande oproeping of schadeloosstelling. Die ondervraging kan evenwel aan een door de rechtbank te benoenoemen rechter-commissaris of aan den kantonrechter in wiens ressort het gesticht is gelegen worden opgedragen. Deze opdracht is hier dus niet afhankelijk van de in art. 200 § 2 en 3 B. R. vermelde omstandigheden. Deze bepalingen zullen weder wèl toepasselijk zijn, wanneer de rechtbank, na afloop van de ondervraging en het daarbij plaats gehad hebbend verhoor mocht goedvinden, ingevolge art. 494 B. W., een getuigenverhoor te bevelen, waartoe haar de bevoegdheid bij art. 34 5° wordt gegeven. Buiten die bijzondere omstandigheden van art. 200 § 2 en 3 zal dit laatstbedoeld getuigenverhoor voor de rechtbank zelve moeten plaats hebben. Doch, dewijl het getuigenverhoor behoort tot de instructie der zaak, welke aan het eigenlijk geding voorafgaat, zie art. 494, en dit geding zelfs in geval van art. 34 der wet van 1884, in het geheel geen plaats heeft, aangezien dáár de in art 494 bevolen oproeping van partijen geheel wordt uitgesloten, zoo zal het getuigenverhoor hier zeker niet op de terechtzitting, maar in raad-

kamer en buiten tegenwoordigheid van dengene wiens curateele verzocht wordt, moeten plaats hebben. Verg. het gezegde op bl. 125.

b. Verklaring van vermoedelijk overlijden.

Bij art. 525 B. W. wordt bepaald dat de rechtbank, alvorens op den eisch tot verklaring van vermoedelijk overlijden uitspraak te doen, heeft te letten op de beweegredenen der afwezigheid, op de oorzaken die het ontvangen van tijdingen van den afwezige hebben kunnen verhinderen en op alle andere omstandigheden tot het vermoedelijk overlijden betrekkelijk, om naar aanleiding daarvan te overwegen of een uitstel der verklaring en nadere oproepingen noodzakelijk zijn. Ten einde omtrent de onderscheidene punten waarop voor den rechter te letten valt een juist oordeel zich te kunnen vormen, kan de rechter des noods een getuigenverhoor bevelen.

Ook hier hebben wij niet met een eigenlijk rechtsgeding te doen. Al wordt er volgens art. 524 een *eisch* gedaan dat de rechtbank verklare dat er rechtsvermoeden van overlijden van een afwezige besta, die eisch wordt niet *tegen* maar ten aanzien van den toestand van een persoon ingesteld zoodat eene tegenpartij ontbreekt. Zelfs wordt er min eigenaardig van een *eisch* gesproken, omdat hier van niemand anders dan van den rechter iets geëischt wordt en dat door de rechtzoekenden van den rechter niet wordt *geëischt* maar *verzocht*. De kracht van de woorden: *op daartoe gedanen eisch* in art. 524 voorkomende ligt dan ook niet in dat *eischen*, maar daarin dat hij die verzoekt oproepingen te doen, opdat van het aanwezen des afwezige mocht blijken, na 't vruchteloos afloopen dier oproepingen het verzoek tot vermoedelijk overlijden verklaring *moet* doen en dus de rechter *niet ambtshalve* die verklaring uitspreekt. Het zijn belanghebbenden die hier optreden, die het aan zich behouden om de zaak tot het einde toe door te zetten. Het openbaar belang eischt niet onmiddellijk die vermoedelijk overlijdenverklaring, maar rechtvaardigt de aan belanghebbende toegekende bevoegdheid om den maatregel uit te lokken. De openbare dagvaardingen, die na bekomen verlof worden gedaan houden ook niet in een eisch, welke aan 's rechters oordeel wordt onderworpen

maar niet anders dan eene oproeping van den afwezige om te verschijnen, ten einde van zijn aanwezen blijke. Want niet alleen de afwezige zelf maar ook een ander kan opkomen om van zijn bestaan te doen blijken. Ook hieruit wordt het weer duidelijk dat, gelijk ik straks opmerkte, er van eene tegenpartij geen sprake is. Verg. DIEPHUIS IV, bl. 639 en 642. LAND I, bl. 465.

Terwijl hier alzoo buiten een twistgeding geprocedeerd wordt en het geheele onderzoek in raadkamer plaats heeft, zal het getuigenverhoor, hetwelk de rechter des noods, zoowel ambtshalve als op verzoek van de belanghebbenden kan bevelen, ook in raadkamer worden gehouden. Doch ook hier door het collegie en alleen in de gevallen bij art. 200 voorzien door een gedelegeerden rechter-commissaris of kantonrechter. Voorts zie ik geen grond om met DIEPHUIS t. a. p. en LAND t. a. p., nt 3, aan te nemen dat verwanten hier als getuigen kunnen worden gehoord en dat derhalve de daaromtrent in tit. III van B. IV voorkomende bepalingen niet zouden gelden. OPZOOMER II, bl. 525 schijnt dezelfde meening toegedaan, als hij schrijft dat de rechtbank „al diegenen als getuigen kan hooren, wier getuigenis zij meent dat licht over de zaak kan verbreiden". Doch de wetgever spreekt ook hier, zonder nadere bepaling, van een getuigenverhoor en hij kent geen andere getuigen dan die hij als zoodanig ijkt, om zoo te zeggen, in den aangeh. titel III. Nu wordt wel daaromtrent opgemerkt „dat het hier slechts om inlichtingen te doen is en niet om het leveren van bewijs ter zake eener ingestelde vordering", maar de wet kent geene getuigen die slechts inlichtingen geven dan die op welke art. 1949 wijst en dat zijn geen getuigenissen in den zin der wet. Al geldt het hier niet het leveren van bewijs ter zake eener ingestelde vordering, waartoe het bewijs door getuigen zeker in de eerste en voornaamste plaats strekt; het bewijs door getuigen is algemeen geregeld voor feiten van welker al of niet bestaan rechtsbetrekkingen of rechtstoestanden afhankelijk zijn. Zullen voorts getuigen den rechter inlichting verschaffen omtrent de beweegredenen der afwezigheid enz. dan zullen zij ten aanzien van de feiten, waardoor dit een en ander wordt toegelicht, betrouwbare verklaringen moeten afleggen en die betrouwbaarheid hangt volgens de wet van de daaromtrent in tit. III gemaakte bepalingen af. Ook begrijp ik niet, waarom in dit geval anders zou moeten geoordeeld worden dan in het straks bespro-

ken geval van onder curateelestelling wegens krankzinnigheid. De bepalingen omtrent het getuigen verhoor zullen moeten worden toegepast met uitzondering van die welke met het oog op eene tegenpartij zijn gemaakt.

Wat omtrent art. 525 werd opgemerkt geldt ook van de procedure tot vergunning voor het aangaan van een ander huwelijk in geval van afwezigheid van een der echtgenooten, daar art. 525 in art. 550 op dit geval toepasselijk wordt verklaard.

c. Faillissement.

Art. 66 der faillissementswet bepaalt het volgende:

„De rechtercommissaris is bevoegd ter opheldering van alle omstandigheden, het faillissement betreffende, getuigen te hooren of een onderzoek van deskundigen te bevelen".

„De getuigen worden gedagvaard namens den rechter-commissaris.

„Bij niet verschijning of weigering van getuigenis af te leggen zijn de artikelen 116—119 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering toepasselijk".

De echtgenoot of gewezen echtgenoot, de kinderen en verdere afkomelingen en de ouders en grootouders des gefailleerden kunnen zich van het geven van getuigenis verschoonen".

Vergelijkt men deze bepaling met die van art. 805 K. (oud) en 893 B. R. (oud), dan is hare meerdere doeltreffendheid niet te ontkennen. De vroegere beperking der bepaling tot de inlichtingen noodig voor het opmaken van de balans door de curators, wanneer het verzuim van den gefailleerde daartoe aanleiding gaf, verviel en daarmede verloor de formeele voordracht van den curator welke de rechter-commissaris volgens de nu afgeschafte bepalingen had af te wachten, haren grond. De ondervraging welke de rechter-commissaris nu bij wijze van een verhoor van getuigen zal instellen, levert meer waarborg voor het verkrijgen van inlichtingen en voor hare waarachtigheid. Ook heeft het absoluut verbod om den echtgenoot of gewezen echtgenoot (huisvrouw of weduwe was te beperkt) en de in het artikel genoemde bloedverwanten te hooren terecht plaats gemaakt voor de aan dezen toegekende bevoegdheid om zich van het geven van getuigenis te verschoonen. Doch of er een behoorlijk verband is gelegd tusschen deze bepalingen en

die van het Burgerlijk Wetboek zou ik betwijfelen. Ik geloof dat de vrees gewettigd is dat hier moeilijkheden kunnen ontstaan. De wetgever gaat ook hier uit van de in art. 1946 algemeen aan ieder opgelegde verplichting om getuigenis in rechte af te leggen. Maar art. 192 en 444 Swb. stellen alleen straf op het niet voldoen aan de wettelijke, d. i. bij de wet opgelegde, verplichting en waar wij nu hebben na te gaan, wie in het geval van art. 66 tot het geven van getuigenis verplicht zijn, dan hebben wij daartoe de bepalingen van het Burg. Wetb. te raadplegen. Nu wordt wel implicite de onbekwaamheid van den echtgenoot en den gewezen echtgenoot en van de bloedverwanten in de rechte linie door de slotbepaling van art. 66 opgeheven en hun tevens de verplichting opgelegd om als getuige te verschijnen, door dien hun de bevoegdheid wordt toegekend om zich te verschoonen, maar de aanverwanten in de rechte linie schoonouders en schoonzoons en schoondochters blijven volgens art. 1947 onbekwaam en mogen dus niet worden gehoord. Men zou wel kunnen zeggen dat art. 1947 hier in 't geheel niet toepasselijk kan zijn, omdat van echtgenoot en verwanten van eene der partijen wordt gesproken en er hier in 't geheel geen partijen zijn, doch die onderstelling was niet die van den wetgever, toen hij in art. 66 de bevoegdheid om zich te verschoonen neerschreef. Ook wordt de bevoegdheid om zich te verschoonen voor de in art. 1946 genoemde niet opgeheven. Daarentegen blijven de uitdrukkelijk tot het geven van inlichtingen in art. 805 (oud) verplicht verklaarde kantoor- en andere bedienden en de in art. 893 (oud) genoemde bedienden en huisgenooten tot het afleggen van getuigenis verplicht, en van hunne wraking zal geen sprake kunnen zijn, omdat het verhoor niet in een contradictoir geding maar veeleer buiten geding plaats heeft en er geene partij is die de wraking zou kunnen voorstellen. Ook hier kunnen dus de bepalingen omtrent het getuigenverhoor die eene wederpartij onderstellen niet van toepassing zijn. Maar kunnen overigens die bepalingen hier in het geheel wel toepasselijk geacht worden? De wetgever verwijst in art. 66 aangaande de niet verschijning of weigering om getuigenis af te leggen naar de artt. 116—119. Daar gelaten, dat daartoe alleen de artt. 116, 117 en 118 betrekking hebben, zoo was deze uitdrukkelijke toepasselijkverklaring noodzakelijk, omdat aan een rechter-commissaris uit zich zelven en zooals hij hier zelfstandig optreedt geen rechtsdwang, als genoemde artikelen

bedoelen, toekomt. Daarom kunnen andere bepalingen omtrent getuigenverhoor zeer wel toepasselijk zijn. Want nergens elders komen bepalingen omtrent getuigenverhoor, hetwelk hier dan toch door den rechter-commissaris gehouden moet worden, voor. De vraag, of anders art. 67 Strafv. toepasselijk zou zijn, waarop de Memorie van toelichting op art. 66 faillissementswet wijst, zou 't nieuw artikel eerder doen ontstaan dan het oude 805. Hierbij werd immers de hulp van den rechter-commissaris ingeroepen voor de vervulling van de aan den curator opgelegde verplichting tot opmaken van de balans en was van een getuigenis niet eens sprake, wat aan een strafzaak in het geheel niet doet denken; naar 't nieuwe artikel treedt de rechter-commissaris uit eigen hoofde op en gelijkt zijne inquisitoriale handeling vrij wel op die van een rechter-commissaris in strafzaken. Doch altijd blijft hij rechter-commissaris in een faillissement en 't faillissement behoort niet tot het gebied van 't strafproces. Wat artikel 119 aangaat, dit betreft het geval dat een getuige verhinderd wordt te komen. Het is eigenlijk een ander geval dan het niet verschijnen van art. 116, doch uit de uitdrukkelijke toepasselijkverklaring in art. 66 blijkt dat de wetgever het niet-verschijnen in eene uitgebreidere beteekenis heeft gebezigd. Nu schijnt daarmede ook den rechter-commissaris volgens § 2 van art. 119 de bevoegdheid toegekend om althans indien de getuige buiten zijn rechtsgebied woont, den kantonrechter der woonplaats het hooren der getuigen op te dragen. Alleen de in art. 119 bedoelde delegatie niet die van art. 200 kan hier in toepassing komen.

De rechter-commissaris neemt in het geval van art. 66 tot het houden van een getuigenverhoor het initiatief. Hij doet de getuigen dagvaarden tegen den door hem bepaalden dag en op door hem aangewezen plaats. De deurwaarder dagvaardt zelfs namens den rechtercommissaris, wat dunkt mij beter op zijn last of in zijn naam geschiedde, want het dagvaarden is uitsluitend het werk van den deurwaarder, dat hij krachtens zijn ambt ten verzoeke van partijen of in bijzondere gevallen op last van den rechter uitoefent, maar dat dagvaarden is geen werk voor den rechter, als zoude deze het door een ander in zijne plaats doen verrichten.

Slotsom: de bepalingen omtrent de bewijskracht der getuigenissen van het B. W. zijn hier toepasselijk voor zoover art. 66

daarvan niet afwijkt of hare toepassing door 't ontbreken van partijen onmogelijk maakt.

De bepalingen omtrent het getuigenverhoor zijn behalve die welke uitdrukkelijk worden toepasselijk verklaard van toepassing, behoudens de wijziging welke art. 66 maakt omtrent het oproepen der getuigen en welke uit de ontstentenis van partijen voortvloeien.

Dat het hier bedoelde getuigenverhoor niet in het openbaar wordt gehouden volgt voldoende daaruit dat de rechter-commissaris geene terechtzitting houdt.

AFDEELING VI.

VERMOEDENS.

§ 131. BEGRIP EN ONDERSCHEIDING.

Bepaling. Een vermoeden is een besluit tot de waarheid van een niet onmiddellijk bewijsbaar feit, bij gevolgtrekking uit een bewezen feit, welke gevolgtrekking wordt gerechtvaardigd doordien, om het bestaan van het bewezen feit, het niet onmiddellijk bewijsbare kan of moet worden aangenomen te hebben plaats gehad. Art. 1952.

Hoe kan een vermoeden bewijs voor de waarheid opleveren, terwijl de benaming zelve van dit bewijsmiddel op niet meer dan waarschijnlijkheid wijst? Deze schijnbare tegenstrijdigheid is niet moeilijk te verklaren. Vooreerst, door in het oog te houden, dat een vermoeden op grond waarvan in rechte het bewijs der waarheid wordt aangenomen met de vermoedens, welke in het maatschappelijk verkeer als zoodanig gelden, niet veel meer dan den naam gemeen heeft. Zoo weinig als men zich in het dagelijksch verkeer in het beoordeelen van des naasten handelingen bekommert om de juistheid der gevolgtrekking die men van het bekende tot het onbekende zich veroorlooft te maken; zoo haastig als dáár van „het kan wel zoo zijn" tot „het zal wel zoo zijn" en „het is zoo" wordt besloten; zoo lichtvaardig als in het maatschappelijk verkeer, eenvoudige (ik zeg opzettelijk niet: zuivere of loutere) vooronderstellingen soms brutaal weg tot feiten worden gestempeld indien zij niet worden tegengesproken wat, nog wel euphemistisch, een middel wordt genoemd om door een leugen achter de waarheid te komen,

zoo lichtvaardig in één woord als in het maatschappelijk verkeer met vermoedens wordt geopereerd, zoo angstvallig moet de rechter te werk gaan waar hij zijne overtuiging van de waarheid op vermoedens grondt. De wetgever doet, waar hij zelf het vermoeden niet uitspreekt, een uitdrukkelijk beroep op 's rechters „oordeel en voorzichtigheid" en schrijft hem voor „op geene andere te letten dan op die welke gewichtig, nauwkeurig, bepaald en met elkander in overeenstemming zijn". Hieruit blijkt tevens, en daarop heeft men ter beantwoording van de hierboven gestelde vraag in de tweede plaats te letten, dat de benaming van dit bewijsmiddel wel op waarschijnlijkheid wijst, maar dat de wetgever van den rechter geen minderen graad van overtuiging van de door dit bewijsmiddel verkregen waarheid vordert, voor zoover hij hem in die overtuiging vrijlaat, dan bij andere bewijsmiddelen, voor zoover ook daar diezelfde vrijheid bestaat. Ook dan wanneer de rechter de waarheid van een feit aanneemt op getuigenis van voor hem geloofwaardige personen kan die waarheid niet als de volstrekte waarheid beschouwd worden. Maar de rechter verzuimt niets om, zonder angstig het onbereikbare na te jagen, met de meest mogelijke zekerheid uitspraak te doen. Zoo wikt en weegt hij ook de kracht der vermoedens. Het resultaat van elk bewijsoordeel omtrent eene historische waarheid en daarmede hebben wij in rechte te doen, is nooit meer dan eene hooge mate van waarschijnlijkheid. Dat men bij vermoedens meer aan die waarschijnlijkheid blijft denken, komt daarvandaan dat het feit, waarvan de waarheid door middel van een vermoeden wordt aangenomen, voor onmiddellijke waarneming niet vatbaar is en dat, waar een oordeel of besluit tot de waarheid bij gevolgtrekking wordt opgemaakt, subjectieve opvatting een grooter rol speelt en dan ook dwaling eerder mogelijk is, dewijl er meer kans bestaat dat iets aan het oordeel onttrokken blijft, wat daarop invloed had kunnen uitoefenen. Wanneer de wetgever zelf het vermoeden voor het aannemen der waarheid van een feit aanwijst, wordt daardoor natuurlijk 's rechters taak verlicht. Hij is dan verplicht in het hem voorgelegde geval 's wetgevers gevolgtrekking aan te nemen, al mocht zij hem in dat geval niet juist voorkomen, ten ware hij, door tegenbewijs, hetwelk de wetgever in den regel tegen zijn vermoeden vrijlaat, van de onjuistheid van het vermoeden des wetgevers in het gegeven geval overtuigd werd. Dat vrijlaten van tegenbewijs doet aan het

aan een vermoeden door den wetgever toegekend karakter van bewijsmiddel niet af. Het blijft altijd een grond waarop de rechter de waarheid van een feit kan of moet aannemen. Zie bl. 6 v. van het 1e stuk. Verg. DIEPHUIS III, bl. 214 v. tegen OPZOOMER en anderen aldaar aangehaald. Laat de wetgever tegen een door hem aangenomen vermoeden geen tegenbewijs toe dan neemt hij, althans formeel, het karakter van waarschijnlijkheid van het vermoeden weg en maakt het door zijn onwederlegbaarheid tot een gewoon bewijsmiddel, in zoover als het wat zijne formeele zekerheid betreft met de andere bewijsmiddelen gelijk staat, ja deze zelfs overtreft. Ook daarin kon de wetgever eene aanleiding vinden om de vermoedens in 't algemeen tot de bewijsmiddelen te brengen. Het Ontwerp 1820 noemde de vermoedens of presumtiën niet onder de bewijsmiddelen, art. 3311, maar behandelde ze daarna in een onmiddellijk volgenden titel, aldus op 't nauw verband wijzende.

Wanneer men bij vermoedens de onderscheiding tusschen bewijsgronden en bewijsmiddelen toepast, dan bestaat bij het bewijs door vermoedens het middel in het maken van eene gevolgtrekking. Van daar dat de medewerking van partijen om het middel in toepassing te brengen als bij getuigen en schriftelijk bewijs wegvalt. Doch dewijl de gevolgtrekking moet gemaakt worden uit vaststaande feiten, zoo zal het leveren van bewijs van deze feiten noodig kunnen zijn en daartoe zal zoowel getuigenbewijs als schriftelijk bewijs kunnen te pas komen. De gronden waarop het bewijs door vermoedens wordt aangenomen, liggen in die vaststaande feiten, waaruit de gevolgtrekking gemaakt wordt. Vandaar dat ook deze wel vermoedens worden genoemd. Wanneer de wet bijv. in art. 1959 B. W. bepaalt dat „de rechter op geene andere vermoedens letten mag dan die gewichtig, nauwkeurig bepaald en met elkander in overeenstemming zijn" dan bedoelt hij met die met elkander in overeenstemming zijnde vermoedens niet met elkander overeenstemmende gevolgtrekkingen maar zoovele omstandigheden als tot eene en dezelfde gevolgtrekking grond geven, met andere woorden, daarin overstemmende en elkander steunende bekende feiten. Deze laatste worden hier alzoo vermoedens genoemd. „Chacune de ses circonstances prise séparément n'aurait formé qu'une simple présomtion, insuffisante pour faire décider que le défunt aurait remis la dette, mais leur réunion a paru à Papinien former une preuve

suffisante de cette remise". Hier spreekt POTHIER (Oblig. n°. 849) ook van „réunion de circonstances" en zegt van deze dat zij kunnen „former une preuve suffisante", waar hij wil zeggen dat het verband van onderscheidene omstandigheden voldoenden grond kan opleveren voor de gevolgtrekking dat het onbekende feit waar is en hij noemt hier niet het bij gevolgtrekking opgemaakte besluit als het vermoeden uitmakende, maar de onderscheiden omstandigheden, die den grond voor de gevolgtrekking opleveren, worden vermoedens genoemd.

De wetgever ontleent de bepaling welke hij van vermoedens geeft in art. 1952 B. W. aan art. 1349 C. C. Zij is iets meer bepaald dan die van POTHIER n°. 839: „On peut définir la présomtion un jugement que la loi ou l'homme porte sur la vérité d'une chose, par une conséquence tirée d'une autre chose". Meer bepaald, omdat uitdrukkelijk van de gevolgtrekking uit een bekend tot een onbekend feit wordt gesproken. Maar, alhoewel de wetgever niet noodig had te zeggen, vermoeden is een bewijsmiddel, zoo is toch de herinnering daaraan bij POTHIER, dat, ofschoon wij hier met een vermoeden te doen hebben dit niettemin tot bewijs der waarheid strekt „jugement sur la vérité d'une chose" niet zoo heel overbodig. Het oorspronkelijk artikel van den Code hield deze woorden in en als dit veranderd moest worden om het woord „jugement" als zou dit aan een vonnis doen denken, dan is men bij de verandering voor eene spitsvondigheid gezwicht. Het tribunaat maakte inderdaad de opmerking „que le magistrat prononçait des jugemens et non pas la loi". Alsof een jugement altijd een vonnis moest zijn! Wij kunnen althans tusschen een oordeel als het genus en een vonnis als een species van dat genus onderscheid maken. In een ander opzicht is POTHIER zoo niet nauwkeuriger toch duidelijker. Want het vermoeden ligt eigenlijk niet in de gevolgtrekking maar wel in het besluit dat men door middel daarvan omtrent de waarheid maakt. De oorzaak wordt door den wetgever voor het gevolg genomen. Het Tribunaat merkte ook als bezwaar tegen dat jugement op: „Une présomtion est d'ailleurs plutôt une conséquence qu'un jugement". Maar zal die „conséquence" niet in het feit dat er aanleiding toe geeft blijven zitten dan moet zij er uitgehaald worden en nu zal men toch wel door het maken van eene gevolgtrekking een oordeel

uitspreken. Intusschen raken we met die meer bepaalde termen van bekend feit uit een onbekend feit niet uit de onbepaaldheid. Immers, gevolgtrekkingen maken (niet afleiden) uit een bekend feit tot een onbekend feit, dit doet de wet of de rechter eigenlijk bij ieder bewijsmiddel. (Zie BONNIER II, n°. 807). Maar POTHIER liet onmiddellijk volgen: „Ces conséquences sont fondées sur ce qui arrive communément et ordinairement. Praesumtio ex eo quod plerumque fit. Cujas in Parat. ad tit. Cod. de prob. et praes". En hij voegt er bij: „Par exemple, la loi présume qu'une dette a été payée, lorsque le créancier a rendu au débiteur son billet; parce que communément et ordinairement le créancier ne remet au débiteur son billet qu'après le payement de la dette". Daarbij wordt — de juistheid van het voorbeeld daargelaten waarover hier onder bl. 130 — aangewezen, op welken grond die gevolgtrekking uit het bekende tot het onbekende wordt gerechtvaardigd, en dit is juist het eigenaardige van het vermoeden als bewijsmiddel, dat de waarheid van het onbekende aangenomen wordt omdat het bekende feit het zoo waarschijnlijk maakt dat het nauwlijks een andere gevolgtrekking toelaat. Want men zal de redeneering van POTHIER wel mogen aanvullen in dezen zin: omdat een schuldeischer het schuldbewijs gewoonlijk eerst na betaling van de schuld terug geeft en er oòk geen aanneemlijke reden is aan te voeren, waarom hij het teruggegeven zou hebben indien hij niet betaald was, vermits hij zich niet alleen van het bewijs ontdoet maar het zelfs in handen heeft gegeven van hem tegen wien het tot bewijs zou moeten strekken. Het artikel van het ontwerp van den Code had dan ook die aanvullende verklaring van POTHIER niet over het hoofd gezien. Het luidde: „La présomption est un jugement que la loi ou le magistrat porte sur la vérité d'une chose par une conséquence tirée de faits et de circonstances et qui est fondé sur ce qui arrive communément et plus ordinairement". Maar het tribunaat gaf de voorkeur aan de definitie van DOMAT Lois civiles Livre III tit. VI sect. IV, art. 1 en stelde de aangenomen redactie van art. 1349 voor. LOCRÉ, Législ. Civ. etc., XII, bl. 286 n°. 76. Het had eclectisch te werk gaande uit die twee van de beide meesters ééne goede kunnen samenstellen.

Het is van te meer belang zich aan de aldus eenigzins aangevulde en daardoor nader verklaarde bepaling, die de wet van vermoedens geeft, te houden, omdat zij alleen in die beteekenis een

bijzonder middel van bewijs uitmaken. Zoodra er direct bewijs voor een feit is treedt het vermoeden als bijzonder bewijsmiddel op den achtergrond, al kan in het algemeen gezegd worden dat, bij de beredeneering van het bewijs, van een vermoeden wordt uitgegaan. Zoo zegt D'AGUESSEAU, waar hij in eene pleitrede betreffende de wettigheid van een kind, het karakter der presumtiën uiteenzet, Oeuvres ed. PARDESSUS II, bl. 350: „Toute présomption est fondée sur la liaison naturelle qui est entre la vérité connue et la vérité que l'on cherche; et comme cette liaison peut être plus ou moins nécessaire, il est évident que les présomptions peuvent être plus ou moins infaillibles, et que ce dégré de certitude dépendra du rapport qui sera entre le fait que l'on connaît et celui que l'on ignore. Si cette conséquence est nécessaire, s'il est impossible que la première vérité soit certaine, et que la seconde soit douteuse, la présomption est considérée pour lors comme la plus sûre de toutes les preuves, et elle peut produire seule une conviction dans l'esprit du juge". En dan haalt hij het voorbeeld aan van het bewijs van de valschheid van eene akte, indien door onafwijsbare getuigenissen bewezen wordt dat degene, wiens handteekening onder de akte schijnt te staan, op den dag waarop de akte werd opgemaakt, afwezig was. Maar, had D'AGUESSEAU hier niet in den aanhef evengoed van „toute preuve" kunnen spreken? neemt hij althans hier het woord „présomption" niet in eene zeer algemeene beteekenis, en zou men in het door hem aangehaalde voorbeeld zelfs niet met recht van direct bewijs kunnen spreken? Is het althans niet zoo goed als? Inderdaad komt hij eerst daarna tot de eigenlijke vermoedens, als hij laat volgen: „Si, au contraire, il n'y a point de conséquence absolument nécessaire entre le fait certain et celui que l'on veut prouver, la présomption n'est que vraisemblable, et pour lors les docteurs distinguent: ou la probabilité de la présomption est reconnue par la loi, ou elle n'est point approuvée expressément par le législateur. Dans le premier cas, quoique cet argument ne fût pas assez fort pour exclure toute preuve, (let wel: ook in het geval dat het argument niet krachtig genoeg mocht zijn om tegenbewijs uit te sluiten) il est néanmoins considéré comme la vérité, jusqu'à ce qu'on l'ait détruit par des argumens invincibles. Si la loi n'a point autorisé la présomption, elle est soumise à la prudence du juge qui doit en faire le discernement". Hier hebben we 't geheele stelsel van den Code Civil

en van ons Wetboek omtrent de vermoedens als zelfstandig bewijsmiddel. Een besluit bij gevolgtrekking uit een bekend feit tot het bestaan van het onbekende te bewijzen feit, uit zich zelf niet onomstootbaar maar alleen leidende tot zulk een graad van waarschijnlijkheid, welke het onbekende feit als waar mag doen aannemen, terwijl dan wel de wetgever reden mag hebben om zelfs het bewijs van het tegendeel uit te sluiten, maar overigens de waarheid slechts aangenomen wordt, totdat het bewijs van het tegendeel is.geleverd. Maar ook wanneer de rechter op vermoedens oordeelt, heeft hij het voorbeeld des wetgevers te volgen en alleen uit behoorlijk vaststaande feiten en uit deze alleen dan tot de waarheid van onbekende feiten te besluiten, wanneer daarvoor zulk een graad van waarschijnlijkheid bestaat, dat aan de waarheid nauwlijks te twijfelen valt. Losse onderstellingen, waaruit niet meer dan de mogelijkheid van het bestaan van een feit kan worden afgeleid, worden daardoor buitengesloten, al worden ook deze zelfs door de wet soms als vermoedens gequalificeerd. Hoe juist het moge zijn om als het karakter van vermoedens aan te duiden, dat daarbij iets als waar aangenomen wordt op grond van waarschijnlijkheid, het Ontwerp van 1820 deed verkeerd om in zijne bepaling van vermoedens, in art. 3435, dit karakter op den voorgrond te stellen en daarnaast van de gevolgtrekking van eene bekende tot eene onbekende zaak te spreken. Als in die bepaling vóór de woorden „bij gevolgtrekking" het woordje „of" ware weggelaten, zou ik tegen haar inhoud geen bezwaar hebben. Verg. DIEPHUIS III, bl. 211 en de noot. Dat de wetgever zelf van v e r m o e d e n spreekt, waar slechts de mogelijkheid der waarheid in zooverre bestaat, dat er reden is voor een nader onderzoek, daarvan levert art. 193 W. v. B. R. een treffend voorbeeld, waarin hij van v e r m o e d e n s van valschheid spreekt, die tot een onderzoek naar de schuldigheid aan een strafbaar feit moeten aanleiding geven en die uitdrukking v e r m o e d e n s koos in plaats van a a n w ij z i n g e n, omdat hij het oordeel van den burgerlijken rechter over het bewijs wilde uitsluiten, terwijl toch v e r m o e d e n s de benaming is voor het bewijsmiddel dat op het gebied van de strafrechtspleging a a n w ij z i n g e n heet. Zie 1e stuk bl. 292. En zoo spreekt de wet aan den anderen kant van een vermoeden, waar volkomen zekerheid omtrent het bestaan van een feit of recht wordt aangenomen, alleen omdat een in het algemeen bestaande

zekerheid voor het bewijs van het tegendeel moet plaats maken en de wetgever, bij het regelen van den bewijslast, wat hij in die gevallen noodzakelijk achtte, het te leveren bewijs tegenover het vermoeden van het tegendeel plaatst. Zoo wordt bijv. in art. 627 B. W. gezegd, dat ieder eigendom vermoed wordt vrij te zijn. Maar, als naar art. 625 eigendom een recht is zoo onbeperkt als mogelijk zij, dan vloeit daaruit voort, dat wie eigenaar is of zich als zoodanig gedraagt en alzoo zoo onbeperkt mogelijk heerschappij over een zaak voert, geene beperking daarin van een ander behoeft te dulden, tenzij die ander daartoe het recht hebbe; maar wanneer deze alleen beweert te hebben, iets waardoor dat onbeperkte recht beperkt wordt, m. a. w., wanneer hij een recht op eens anders zaak beweert te hebben, dan moet hij dit bewijzen. De regel van art. 1902 brengt dit mede en de wetgever behoefde het niet te zeggen, als niet historische herinneringen het hem niet overbodig deden achten om de vrijheid van den eigendom aan den grond nog eens uitdrukkelijk te proclameeren. En wanneer art. 589 en art. 2002 B. W. ons verzekeren, dat de goede trouw steeds wordt verondersteld en dat hij die zich op de kwade trouw beroept die moet bewijzen, dan is dat vermoeden van de goede trouw geen vermoeden in den zin van art. 1952 of 1953. Hier wordt uit het feit, dat bezit is verkregen, niet de gevolgtrekking gemaakt dat dit te goeder trouw verkregen werd; geen gevolgtrekking zou het meer aan deugdelijken grond kunnen ontbreken, daar er hoegenaamd geen verband is tusschen het eene feit en het andere.

Een vermoeden, al is het nog zoo krachtig, laat altijd open de mogelijkheid van een anderen feitelijken toestand dan dien tot welks bestaan door gevolgtrekking uit een bekend feit een besluit wordt opgemaakt. Waar de wetgever eene bepaling op een vermoeden doet steunen, bestaat de mogelijkheid van de onjuistheid van zijn besluit. Dit wordt in de benaming van het bewijsmiddel: vermoeden, teruggegeven. Men pleegt dit ook uit te drukken door van vooronderstellen, achten, meenen, rekenen, houden, te spreken. Ook in de wet komen die uitdrukkingen voor. Doch men wachte zich om te meenen, dat overal waar de wet die uitdrukkingen bezigt, daarmede een wettelijk vermoeden in den zin van art. 1953 en 1958 is uitgesproken. Artt. 627, 589 en 2002 gaven ons straks reeds voorbeelden van de onjuistheid dier

meening. Daartegenover staat, dat de wetgever eene bepaling ook wel op een vermoeden doet steunen zonder dat hij dit in de daarvoor gebruikelijke termen uitdrukt. Wanneer de wetgever in art. 305 B. W. zegt dat het kind, hetwelk staande huwelijk is geboren of verwekt, den man tot vader heeft, dan is die vorm, waarschijnlijk evenals die van art. 312 C. C., meer te danken aan het „pater est quem nuptiae demonstrant", dan daaraan dat hij niet bij gevolgtrekking uit den band des huwelijks tot het onbekende feit van het vaderschap zou hebben besloten. Hoe wèl gerechtvaardigd en hoe noodzakelijk zelfs van het standpunt des wetgevers de gevolgtrekking moge zijn, de wetgever komt hier zelf de waarschijnlijke juistheid van zijn oordeel erkennen, door de aanwijzing der gevallen waarin hij de ontkenning van het vaderschap toelaat. Zou niet de wetgever in alle bepalingen, welke op een vermoeden berusten, stellig kunnen spreken? Wanneer toch de wetgever wil dat op zijn gebied, en daarvoor alleen stelt hij de wet, een feit als bestaande, als waar, zal worden aangenomen omdat hij het er voor houdt dat het zoo is, dan is dat inderdaad zoo op 's wetgevers gebied. Vooral bij onwederlegbare vermoedens ware die wijze van spreken op hare plaats, in zoover als daarbij door den wetgever nog minder op de juistheid der gevolgtrekking wordt gelet dan op de omstandigheid, dat het belang der maatschappij het maken van de gevolgtrekking eischt.

Opmerking verdient dat de Minister van Justitie, in eene Memorie tot adstructie van de door hem aan den Koning voorgestelde veranderingen in het Ontwerp der Commissie van redactie (het eerste na de verwerping van het Ontwerp 1820), welke Memorie wordt medegedeeld door NOORDZIEK, Burg. Wetb. 1824/25, II, bl. 635 vv., opmerkte dat het Z. Exc. was toegeschenen dat de Commissie van redactie verkeerdelijk de vermoedens en den eed onder de bewijsmiddelen heeft gerangschikt, daar volgens alle schrijvers en regtsbeginselen de wet alleen hare toevlucht neemt tot vermoedens en den eed, bij gebreke van bewijs, ten einde eene uitkomst in zaken te erlangen; doch naar zijn beste weten althans, nimmer iemand heeft staande gehouden, dat die hulpmiddelen als bewijs kunnen worden aangemerkt. In art. 3311 O. 1820 schijnt dit gevoelen gehuldigd. Hoe evenwel dit gevoelen overeen te brengen is met art. 3406 en art. 3379 van dat Ontwerp en vooral hoe de Minister daaraan uitdrukking meende te geven door art. 1903 te

vervangen door art. 1316 C. C., is moeilijk te begrijpen. Het beroep op de schrijvers is ook wat stout. Althans, zooals POTHIER zich er over uitlaat, n°. 728, is het hoogstens eene theoretische vraag, zoo niet een woordenstrijd.

De gevolgtrekking, waardóor het besluit tot de waarheid van een feit bij een vermoeden gemaakt wordt, maakt of de wetgever zelf of hij laat die aan den rechter over. In het eerste geval heeten de vermoedens wettelijke, in het tweede geval zegt onze wetgever, dat zij niet op de wet zelve gegrond zijn. Hij had deze laatste in tegenstelling van de eerste rechterlijke kunnen noemen. Art. 1952 B. W. Onderscheiding.

Wanneer de wetgever, zelf de gevolgtrekking makende, het onbekende feit op grond van het bekende wil hebben aangenomen, dan kan men zeker met recht van een wettelijk vermoeden spreken. Wanneer in andere gevallen de wetgever het maken der gevolgtrekking aan den rechter overlaat, dan is het vermoeden zeker niet op de wet zelve gegrond.

De fransche wetgever kon daarom met recht de onderscheiding maken van „présomptions établies par la loi", die hij dan, met één woord, légales noemde en „présomptions qui ne sont point établies par la loi". Waarom de Regeering indertijd „niet zeer juist" vond de uitdrukking van vermoedens niet door de wet daargesteld (Zie VOORDUIN V, bl. 523, VI), toen niemand nog aan dat woord daarstellen aanstoot nam, is moeielijk te vatten. Dat de uitdrukking „in de wet zelve gegrond" of „niet in de wet zelve gegrond" nauwkeurig zou wezen, is moeilijk te betoogen (zie DIEPHUIS III, bl. 213), al was de bedenking, die eene afdeeling der Kamer daartegen maakte, onjuist, omdat zij de woorden: in de wet zelve voorbijzag. De Regeering had van haar standpunt met recht kunnen zeggen: „als die tweede soort niet op de wet gegrond ware, zou de wet er niet van spreken. Let evenwel op het woord zelve. Dat geeft te kennen dat de wet niet zelve de gevolgtrekking maakt, maar dit aan den rechter overlaat". Had men daarop evenwel niet kunnen repliceeren: „dit moge zoo zijn, maar waarom drukt ge dat dan niet even stellig uit in de benaming, als gij dat deedt bij de eerste soort? Waarom in uwe zucht tot bekorting niet volhard en in verband met uwe bepaling

eenvoudig van wettelijke en rechterlijke vermoedens gesproken? U was toch wel bekend de onderscheiding die althans een onzer vaderlandsche rechtsgeleerden, als VOET, maakte in praesumtiones iuris en praesumtiones hominis, al vermeldt POTHIER die niet; gij wijst er zelf op (VOORDUIN V. bl. 523, VI), en gij weet toch ook wel dat die homo niemand anders dan de rechter kan zijn. Uwe eigene bepaling wijst dat aan. Met vermoedens van het groote publiek, van die onzichtbare „men" laat gij u toch niet in!" De tegenstelling, die men bij fransche schrijvers, zooals bij BONNIER II. p. 388 en 410, aantreft van présomptions legales et simples schijnt aan POTHIER ontleend, maar terwijl zij niet zoo duidelijk het verschillend karakter der beide soorten aanwijst als wettelijke en rechterlijke, zou ik ze ook daarom afkeuren, te meer omdat, hoe weinig bepaald POTHIER zich over de présomptions simples uitlaat, hij daaraan toch veeleer de beteekenis van losse vermoedens geeft, t. a. p. n°. 848 a. h. e. en n°. 849. Als hunne eenvoudigheid in die losheid bestaat, dan drijve men de gedachte daaraan met de benaming uit.

Wettelijke vermoedens, quid? Wettelijke vermoedens zijn gegrond op gevolgtrekkingen, welke de wetgever in eene daartoe strekkende wetsbepaling maakt uit een of andere handeling, een of ander feit, een of anderen toestand.

Handelingen van dien aard zijn o. a. die welke de wet nietig verklaart, omdat zij in het oog des wetgevers alleen als zoodanig en als uit zich zelve de gevolgtrekking rechtvaardigen en dus het vermoeden wettigen, dat zij gepleegd zijn om eene wetsbepaling te ontduiken.

Voorts vallen er ook onder handelingen of toestanden waaruit de wet eigendom of bevrijding van schuld afleidt.

Ook brengt de wetgever daartoe het rechterlijk gewijsde, omdat uit 's rechters uitspraak de waarheid der beslissing wordt afgeleid.

Eindelijk wijst de wetgever nog als een voorbeeld op de kracht welke de wet aan de bekentenis of den eed van eene der partijen toekent. Art. 1953 B. W.

Strikt genomen heeft de wetgever niet noodig zijne bepalingen met voorbeelden op te helderen. Zijne bepalingen moeten zoo duidelijk zijn, dat zij dergelijke toelichting niet behoeven. Dus vooral

de stuurlui aan den wal en ook zij die den wetgever in het vervullen van zijne taak bovenmenschelijke eischen stellen. In het algemeen ligt, dit geef ik toe, de opheldering van eene wetsbepaling door voorbeelden op den weg des uitleggers, doch kan het bij zoogenaamd enuntiatieve voorschriften zijn nut hebben dat de wetgever het zelf doe, ten einde de toepassing in de door hem gewilde richting te sturen. Hier heeft de wetgever gemeend die taak op zich te moeten nemen en heeft de uitlegger in de eerste plaats op die authentieke toepassing de aandacht te vestigen. Wat mij betreft, ik zou, ware ik vrij geweest niet bij voorkeur deze, zeker niet alle deze, voorbeelden gebruikt hebben, bij andere de voorstelling hebben gewijzigd. Want de redactie van art. 1953 laat ook te wenschen. Doch 't ligt hier niet aan de vertaling. Onze wetgever nam vrij nauwkeurig art. 1350 C. C. met zijn gebreken en deugden over. Al hoorde de nadere bepaling van het begrip wettelijk vermoeden zich ook in de bewoordingen onmiddellijk aan de bepaling van het begrip in het algemeen aan te sluiten, het verband tusschen de gegeven bepaling en de daarop volgende voorbeelden is niet zóó slecht als DIEPHUIS III, bl. 222 het voorstelt. Althans met n⁰. 1 gaat het goed, daar niets belet het „van dien aard zijn" op de in het slot der definitie genoemde „handelingen" te laten terugslaan en al is dat verband in de volgende n⁰ˢ. niet zoo nauwkeurig in acht genomen, al is het dáár wat losser, uit het aangegeven oogpunt is dat wel te herstellen, zooals ik in den tekst hierboven trachtte te doen. Erger is het, dat in n⁰. 3 de toepassing faalt, in n⁰. 4 de toepassing niet, althans niet genoeg, voor de hand ligt, zoodat dit laatste tot de cruces is gaan behooren.

N⁰. 3 is een waar struikelblok, te meer omdat de gissing niet gewaagd is, dat juist dit voorbeeld werd gekozen om de behandeling van het rechterlijk gewijsde hier onder dak te brengen, op het voorbeeld van POTHIER, die zich vrij vluchtig van de behandeling der „présomptions" in 't algemeen afmaakt, alsof het er om te doen ware tot de behandeling van de gewijsde zaak te komen. De aanhef zelf van de behandeling van dit onderwerp, waaraan hij eene afzonderlijke Section III wijdt, terwijl het onderwerp „des présomptions" in Sect. II behandeld wordt, geeft daarvan den onafwijsbaren indruk. „L'espèce particulière de présomption iuris et de iure, qui résulte de l'autorité de la chose jugée;

nous a paru mériter d'être traitée en particulier dans cette section". De wetgever had een overgang noodig en vond die door de opnoeming van eenige voorbeelden en daaronder de gewijsde zaak op te nemen. Opmerkelijk dat het O. 1820, hetwelk dit kunstmiddeltje niet noodig had omdat het van 't gewijsde in titel XIII, van vonnissen, kon handelen, toch ook, in den 12den titel van vermoedens of presumtien, art. 1350 C. C. nagenoeg naschreef. Zie art. 3407. Bestond er dus een doordacht opzet van den wetgever om het rechterlijk gewijsde tot de vermoedens te brengen, toch kunnen wij ons van de moeite om het onder het wettelijk begrip te brengen met eenige vrijmoedigheid ontslagen achten, als wij met grond mogen vermoeden, dat het er „pour le besoin de la cause" onder verdwaald raakte, dat dit kon geschieden omdat het er oppervlakkig beschouwd op gelijkt en vooral omdat het er door de rechtsgeleerden vrij algemeen toe gebracht werd. De fransche uitleggers van den Code plegen daar ook geen bezwaar in te vinden.

De kracht van het rechterlijk gewijsde heb ik elders (Dl. II, bl. 285, 3e ed.) behandeld. Daar heb ik gemeend te kunnen aantoonen, dat er ten onrechte een vermoeden in gezien wordt en dat het althans niet valt onder de begripsbepaling die de wet zelve daarvan geeft. Ik kom er dus hier niet anders op terug dan om de opmerking te maken, dat de wetgever met zijn begrip van vermoedens of met de toepassing daarvan niet volkomen vast in zijn schoenen stond, wat ook blijkt uit de onbestemdheid van de beteekenis, waarin van vermoeden en vermoedens en de daarmede als synoniem gebruikte uitdrukkingen in de wet gesproken wordt.

Art. 1953 B. W. ad 1um. Dat de wetgever hier het oog heeft op uiterste wilsbeschikkingen en schenkingen, welke hij nietig verklaart omdat zij gemaakt zijn aan personen, die hij voor tusschenbeide komende personen houdt, welk vermoeden in art. 958, 239 en 1718 B. W. wordt uitgesproken, is duidelijk. Immers tot handhaving van de nietigheid dier beschikking, wanneer zij ten voordeele van onbekwamen gemaakt zijn, verklaart de wetgever ze ook nietig, wanneer zij niet onmiddellijk aan die onbekwamen zijn gemaakt maar aan tusschenbeide komende personen, zoodat zij door middel van dezen toch aan de onbekwamen te

goede zouden komen. En om des te zekerder deze ontduiking van de wet tegen te gaan, bepaalt de wetgever zelf wie voor tusschenbeide komende personen door den rechter moeten gehouden worden. Eene schenking of beschikking beschouwt de wet, alleen omdat zij aan een der in art. 239 en 958 genoemde personen gemaakt is, als ter ontduiking van de wet gedaan. Het bekende feit alleen: de beschikking is gemaakt ten voordeele van den vader van den onbekwame, is voldoende om te vermoeden, dat er ontduiking van de wet is gepleegd, m. a. w., om uit het bekende feit dat de met name bevoordeelde de vader van een onbekwame is, de gevolgtrekking te maken tot het onbekende feit: is die vader een tusschenbeide komend persoon, zoodat door hem werkelijk de onbekwame en niet hij zelf, de onmiddellijk bevoordeelde, het voordeel zal genieten? Het eigenaardige bij dergelijke vermoedens is dat zij tot strengere handhaving van de wet worden aangenomen, dat deze handhaving daarbij op den voorgrond treedt en daarbij de juistheid van de gevolgtrekking in ieder bijzonder geval in de tweede plaats komt; de waarheid van het onbekende feit niet zoozeer om de waarschijnlijkheid, maar ook reeds om de mogelijkheid door den wetgever aangenomen wordt. Die meerdere vrijheid, welke de wetgever zich tot handhaving zijner bepalingen in het belang der openbare orde mocht veroorloven, mag den rechter, waar het aannemen van bewijs door vermoedens aan zijn oordeel wordt overgelaten, niet tot richtsnoer strekken. Bij de bepalingen van artt. 774 en 775 K. is de wetgever zeker van de vooronderstelling uitgegaan dat de daar nietig verklaarde handelingen ter opzettelijke verkorting van de rechten der schuldeischers zijn verricht, doch dit vermoeden kan niet anders dan als ratio legis worden aangenomen. In de wet niet uitgedrukt, doordien de nietigheid der handelingen eenvoudig in stellige bewoordingen wordt uitgesproken, behoeven we voor de toepassing van zoodanige wet aan een vermoeden niet te denken. Bij de faillissementswet van 1893 n°. 140 zag de wetgever in dat de gevolgtrekking niet altijd opgaat en dat deze handelingen volkomen te goeder trouw kunnen verricht zijn. Vandaar dat hij in art. 43 en 45 niet de nietigheid uitspreekt maar een wederlegbaar vermoeden voor de opzettelijkheid der benadeeling aanneemt.

Het spreekt overigens wel van zelf, juist omdat de wetgever in art. 1953, 1°. slechts een voorbeeld aanhaalt, dat het niet

noodzakelijk is dat de wet op grond van de vermoedelijke ontduiking eene handeling nietig verklaart. Hij kan ter voorkoming van ontduiking en deze vermoedende ook het karakter der handeling en daarmede hare bijzondere gevolgen bepalen, onder welken vorm de handeling zich moge voordoen, welke haar werkelijk karakter moge zijn. Zie bv. art. 969 B. W. Verg. DIEPHUIS III, bl. 222.

Ad 2um: toestanden (bepaalde omstandigheden, zegt de wet) waaruit de wet eigendom afleidt. Wanneer uit een of anderen toestand, als bekend feit, bij gevolgtrekking tot den eigendom eener zaak als aan een bepaald persoon toekomende besloten wordt, kan men dan wel zeggen dat aldus besloten wordt tot de waarheid van een onbekend feit? Is dan eigendom een feit? Men zal moeten aannemen dat van eigendom kortheidshalve wordt gesproken in plaats van een feit krachtens hetwelk eigendom verkregen kan worden of dat, niettegenstaande art. 1952 spreekt van het bestaan van een onbekend feit, dit ook een rechtstoestand, eene bevoegdheid tot een recht zijn kan. Verg. UNGER Oesterr. Privatrecht III § 130 n°. 21 en 22 bl. 585. Of er is toekenning van eigendom door de wet, maar dan behoeft een vermoeden hier geen dienst te doen. Dan wordt een vermoeden maar bij wijze van spreken aangenomen.

Men zou geneigd zijn hier in de eerste plaats aan de bepaling van art. 627 B. W. te denken, maar bij den franschen wetgever kon dit het geval niet zijn, omdat eene bepaling, als ons art. 627 bevat, in den Code Civil ontbreekt. Hierboven merkte ik echter reeds op dat ook art. 627, al spreekt het van een vermoeden, geen vermoeden in den zin van art. 1952 kan bedoelen. Zal men dan hiertoe brengen een vermoeden als we in art. 604 n°. 1 en 605 n°. 1 B. W. vinden uitgedrukt, waar de wetgever bepaalt dat de bezitter bij voorraad en tot het tijdstip der gerechtelijke terugvordering als eigenaar wordt aangemerkt? BONNIER n°. 837 haalt dezen regel aan als voorbeeld van een geval dat wettelijke vermoedens geen bijzondere wettelijke bepaling („loi spéciale" art. 1350) behoeven; hij meent dat zij „peuvent fort bien ressortir de l'ensemble des dispositions de la loi". Mij dunkt dat „ensemble des dispositions" is niet, wat de wet in art. 1350 op den voorgrond stelt, „une loi spéciale". Doch hoe dit zij, zouden wij dan in de artt. 604 en 605, die

bijzondere wetsbepaling aantreffen bij art. 1953 aanhef gewild? Ik geloof het niet. Want, wat beteekent de bepaling anders dan dat de bezitter als eigenaar behandeld wordt en dat hij die beweert eigenaar van het goed te zijn tegenover hem zijn eigendom heeft te bewijzen? Maar dit is immers het gewoon en noodzakelijk gevolg van ieder feitelijken toestand, dat hij die beweert een recht te hebben daarmede in strijd, alleen langs den weg van rechte, verandering in dien toestand kan brengen?

BONNIER haalt, n°. 839, als toepassing van art. 1350 n°. 2 C. C., de verjaring als wijze van eigendomsverkrijging aan. Maar kan men zeggen, dat de wet uit zekere bepaalde omstandigheden eigendom afleidt, wanneer zij eischen stelt welke tot eigendomsverkrijging noodig zijn en daartoe leiden, of, wil men, omstandigheden aanwijst welke dengene die daarin met betrekking tot een bepaalde zaak verkeert, eigendom doen verkrijgen? Hoogstens kan ook hier in de ratio legis, welke de eigendomsverkrijging rechtvaardigt, een vermoeden liggen, dat hij reeds vroeger langs wettigen weg verkregen werd, maar de bepalingen der wet over deze verjaring sluiten zelfs elke zinspeling op een vermoeden uit. Zal men dan verder ook al weer een vermoeden moeten vinden in het bezit, waaruit de wetgever in art. 2014 den eigendom van roerend goed afleidt? Cf. BONNIER n°. 837 a. h. e. in de noot en DIEPHUIS III bl. 231, die in art. 2014*a* een wettelijk vermoeden ziet aangenomen, waartegen geen bewijs wordt toegelaten, omdat daar gezegd wordt, „dat met betrekking tot roerende goederen het bezit als volkomen titel geldt, zoodat het niet alleen eigendom doet vermoeden, maar daarmede is gelijkgesteld". Zou dit geen reden genoeg zijn om in dat artikel maar geen vermoeden te zien? Hebt gij bezit dan zijt gij eigenaar, ziedaar den eisch bij roerend goed, terwijl gij, bij onroerend goed, dat bezit te goeder trouw en krachtens wettigen titel moet hebben verkregen en dit gedurende een bepaalden tijd moet hebben voortgezet.

Verder plegen hier als voorbeelden te worden bijgebracht: de eigendom van gemeene muren, schuttingen, slooten, heggen m. a. w. het vermoeden van mandeeligheid, dat daaromtrent door de wet wordt aangenomen in artt. 681, 698, 706, 710 B. W. (Verg. POTHIER n°. 844). Ik geloof niet dat juist is de meening, als zou het vermoeden van mandeeligheid bestaan in eene gevolg-

trekking, welke de wetgever maakt uit het niet bestaan van titel of teeken voor het tegendeel (Verg. DIEPHUIS III, bl. 233). De woorden der wet geven voor die meening geen grond en het gevolg zou zijn dat hij die het vermoeden van mandeeligheid voor zich inriep, zijn bestaan en dus het niet aanwezig zijn van titel of teeken voor het tegendeel zou hebben te bewijzen, wat al heel weinig aannemelijk is in zich zelf en met de bedoeling des wetgevers kennelijk in strijd. Het vermoeden berust veeleer op het bekende feit dat de muur, schutting, sloot of heg tot afscheiding der naast elkander gelegen erven dienen, dat zij zoo ten nutte strekken van beide en, dat zij, tot afscheiding dienende op de grenslijn van beide erven geplaatst, noodzakelijk beider grond innemen. Is hier dus niet veeleer die mandeeligheid een onmiddellijk gevolg van den feitelijken toestand, is zij niet het noodzakelijk rechtsgevolg van het bouwen, planten op of graven in den aan aangrenzende eigenaren, zij het pro diviso, toebehoorenden grond? En hebben wij dus hier ook wel met een vermoeden te doen, al laat het zich zeer goed verklaren dat de wetgever van een vermoeden of vooronderstelling spreekt?

Passender voorbeeld vind ik in art. 214 B. W. Inderdaad laat het aankoopen van onroerende goederen en effecten, al is dit op naam van een der echtgenooten geschied, onzekerheid bestaan, of ze uit winst dan uit den koopprijs van aan een van beide echtgenooten behoorende goederen of uit zijn geld werden aangekocht. De wetgever besluit evenwel uit het feit dat de goederen zijn aangekocht, dat dit uit winst is geschied. Hij mag dit doen omdat dit het meest gewone geval zal zijn, maar al ware het anders, dan nog zou 't den wetgever vrijstaan dit vermoeden aan te nemen, indien dit hem aan de zekerheid der rechten, zoo van de echtgenooten als van derden, voorkwam bevorderlijk te zijn. Daarentegen is in de slotwoorden van art. 220 wel weder een vermoeden uitgesproken, maar van een vermoeden in de wettelijke beteekenis van het woord is daar m. i. de rede niet. De slotwoorden zijn niet anders dan een gevolgtrekking welke de wetgever maakt uit zijne eigene bepaling. Hij had even goed kunnen zeggen, indien hij het noodig achtte er iets van te zeggen: „zonder dit bewijs kan geen van beide echtgenooten op die goederen als de zijne aanspraak maken”. Zoo heeft ook niemand, voor zoover mij bekend, in art. 221 een wettelijk vermoeden gevonden. Toch wordt het-

zelfde denkbeeld, dat art. 220 in den vorm van een vermoeden uitdrukt, daar in andere bewoordingen, zonder van een vermoeden melding te maken, weergegeven.

Handelingen waaruit de wet bevrijding van schuld afleidt.

Op welke bepalingen kan de wetgever hier het oog hebben? Aan de hand van POTHIER, n°. 839 en 846, denkt men wel het eerst aan art. 1475 B. W. (art. 1282 C. C.). POTHIER ziet t. a. p. evenwel in de vrijwillige teruggave van een (het) oorspronkelijk onderhandsch schuldbewijs een vermoeden van betaling. Toch verwijst hij in n°. 846, waar hij l. 2 D. de pactis II, 14 bespreekt, naar n°. 608, waar hij, naar aanleiding van die wet, over stilzwijgende kwijtschelding handelt, en alzoo naar een vermoeden van kwijtschelding heenwijst. De C. Civ. regelt dit punt wel bij de kwijtschelding, maar vindt daarin een bewijs van bevrijding. Het Ontwerp 1820 wijst op het geval van ons art. 1475 als op een voorbeeld van stilzwijgende kwijtschelding. In art. 1475 wordt daarin ook een bewijs van kwijtschelding gezien, doch in het W. van 1830 lezen wij in den hollandschen tekst van art. 1492 „bewijst de kwijtschelding der schuld", terwijl de fr. tekst de woorden van den Code behoudt „fait preuve de la libération". Noch POTHIER noch onze wetgever schijnen zich hier veel om de juistheid der uitdrukking te hebben bekommerd. Toch is de uitdrukking van den Code alleen de juiste. Want niet slechts beantwoordt het aannemen van een vermoeden van bevrijding alleen aan den zin van de hoofdbron der bepaling, de aangehaalde l. 2 D. de pact., maar het feit van teruggave van het schuldbewijs kan ook alleen een vermoeden van bevrijding opleveren. Een vermoeden van kwijtschelding noch van betaling is er met eene juiste gevolgtrekking uit af te leiden. In het volgend art. van den Code wordt dan ook, met betrekking tot dit onderwerp, in de plaats van libération, van la remise de la dette ou le payement gesproken. En JAUBERT toonde in zijn toelichting aan dat men de een en de ander op het oog had. „Un créancier, qui n'entend ni donner quittance ni faire remise de la dette, ne remet pas le titre original à son débiteur". Met deze woorden rechtvaardigt hij de bepaling van art. 1282 C. C. bij LOCRÉ XII, bl. 483 n°. 43. Vermoeden van bevrijding is hier dus de juiste term, niet om den terugslag daarop in art. 1953 n°. 2,

want betaling of kwijtschelding ware natuurlijk ook onder die algemeene uitdrukking begrepen, maar omdat in het geval van art. 1475 alleen een vermoeden van bevrijding kan worden aangenomen. Dat de teruggave van het oorspronkelijk onderhandsch schuldbewijs grond oplevert voor een vermoeden van bevrijding, vloeit daaruit voort, dat hij die zich vrijwillig van het bewijsstuk zijner schuldvordering ontdoet en dit in handen stelt van hem tegen wien hij het zou moeten gebruiken, toont er geen gebruik van te willen maken. Dientengevolge mag tot de bedoeling van partijen worden besloten om de verbintenis op te heffen. POTHIER's redeneering is blijkbaar te eng, wanneer hij zegt: „la loi présume qu'une dette a été payée, lorsque le créancier a rendu au débiteur son billet; parceque communément et ordinairement le créancier ne remet au débiteur son billet qu'après le paiement de la dette". Het „post hoc ergo propter hoc" is geen hechte sluitrede, want die teruggave kan even goed nà of tot kwijtschelding hebben plaats gehad, of zelfs in verband staan met andere wijzen van schuldbevrijding. Maar van den wil om te bevrijden levert zij altijd een vermoeden op en een meer bepaald vermoeden heeft men hier niet noodig. Al beroept POTHIER zich op het romeinsche recht, met l. 2 de pactis kan hij zijn gevoelen niet goedmaken. Maar POTHIER leidt, in n°. 608, ook de kwijtschelding uit de teruggave van het handschrift af. Algemeen spreken ook de duitsche uitleggers der Pandekten, als v. SAVIGNY System III § 131, ARNDT'S § 262 Anm. 4, WINDSCHEID II § 344 n°. 5 en § 357 n^t. 9*a*, van een wettelijk vermoeden van bevrijding om de stilzwijgende wilsverklaring daartoe strekkende en SINTENIS § 103 n^t. 91 en 92 wijst er uitdrukkelijk op dat het hier niet geldt een vermoeden van betaling maar van bevrijding van schuld. Zie echter ook UNGER II § 130 art. 23 en dezelfde in GRÜNHUT'S Zeitschrift XV, bl. 540 n°. 13. Maar hebben wij, naar ons recht, wel in het geheel hier met een vermoeden te doen? De wet spreekt in art. 1475 met name van een vermoeden niet; ook maakt hij van de gewone, bij de omschrijving van een vermoeden gebruikelijke, termen geen gebruik. Afdoende is dit argument echter niet omdat dit meer voorkomt, gelijk wij zagen, en het met recht den wetgever gepast kan voorkomen die uitdrukkingen te vermijden, als hij een onwederlegbaar vermoeden vaststelt, wat hier het geval kan zijn. Intusschen, — en dit is een ander argument om

hier niet aan een vermoeden te denken, — is het ten minste niet heel vreemd, dat de wetgever, na eerst in art. 1474 te hebben bepaald dat kwijtschelding niet wordt verondersteld maar bewezen moet worden, in een onmiddellijk daarop volgend artikel eene kwijtschelding op grond van een vermoeden zou hebben aangenomen? Ja, dit zou vreemd zijn, indien de wetgever in art. 1474 het bewijs van kwijtschelding door vermoedens wilde uitsluiten. Maar dat is ook al weer schijn. Deze oorspronkelijke, althans niet in den Code voorkomende, bepaling beteekent niet anders dan wat art. 1902 B. W. in het algemeen bepaalt, dat hij die zich tot tegenspraak van eens anders recht op eenig feit beroept, het bestaan van dat feit moet bewijzen of zooals de C. C. in art. 1315, in overeenstemming met zijn systeem bepaalde: „celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. ASSER deelt ons mede (Verg. § 733) dat de bepaling van art. 1474 bij de kwijtschelding evenzeer noodig was als bij de schuldvernieuwing (zie art. 1451). Daargelaten de juistheid van die redeneering, zoo zou dan toch daaruit volgen, dat, indien dit werkelijk de gedachtengang van den wetgever geweest is, hij heeft gewild, dat, evenals bij schuldvernieuwing zoo ook bij kwijtschelding, de wil daartoe duidelijk uit de acte, i. q. handeling, blijken moet. Als dan art. 1475 zich aan dien gedachtengang aansluit, dan zou men moeten aannemen, dat de vrijwillige teruggave van het oorspronkelijk onderhandsch schuldbewijs den wil om kwijt te schelden en dientengevolge de kwijtschelding bewijst. Maar dan komen wij daarmede weder tot de stilzwijgende kwijtschelding en den vermoedelijken wil terug en het denkbeeld van de l. 2 § 1 de pactis is dan daarin althans in het algemeen in zoover gehuldigd, dat het even goed als de uitspraak van den romeinschen jurist op een vermoeden wijzen kan. Art. 1474 staat daaraan althans niet in den weg. Welk verschil bestaat er dan nog tusschen onze bepaling en de leer van het rom. recht? Dat naar het rom. recht, de l. 2 § 1 de pactis in verband met andere plaatsen, als l. 24 de probat. XXII, 3, en l. 14 en 15 C. de solut. III, 42 (43), tegen het uit de teruggave van het schuldbewijs geput vermoeden tegenbewijs toeliet (zie ook POTHIER n°. 846 en DOMAT L. III, tit. VI, sect. 4, art. 12); onze wetgever ziet, op het voorbeeld van den franschen, in die teruggave een onwederlegbaar vermoeden. Want dat hij het voorbeeld van

den Code heeft willen volgen, blijkt uit de woordelijke vertaling van art. 1282 in ons art. 1475. Aan de juistheid van dat voorschrift twijfelde men ook niet, althans daarvan blijkt niets. De woorden zelve van het fransche artikel wijzen op een onwederlegbaar vermoeden. Het: fait preuve de la libération van art. 1282, en het: bewijst de kwijtschelding van art. 1475, sluit bewijs door een vermoeden niet uit want ook de vermoedens behooren tot de bewijsmiddelen. En dan zegt de wet m. a. w.: de vrijwillige teruggave van het onderhandsch schuldbewijs levert zulk een sterk vermoeden op voor eene plaats gehad hebbende kwijtschelding (lees: bevrijding), dat die bevrijding daardoor in mijne oogen bewezen is. Een vermoeden: want van een direct bewijs is geen sprake en dit kan eene bepaling der wet niet maken waar het in werkelijkheid niet is. En als dan die bevrijding vaststaat voor den wetgever en deze wil dat zij ook voor den rechter vaststaat, wie zal dezen van het tegendeel mogen overtuigen? „Lorsque la loi elle-même tire du fait connu une telle conséquence qu'elle prononce la nullité ou qu'elle dénie l'action, le juge ne doit pas tirer une conséquence différente en admettant une preuve contraire". BIGOT-PRÉAMENEU bij LOCRÉ XII, p. 411 n°. 217. Voeg daarbij dat in den Code, 't onmiddellijk volgend art. 1283 een geval behandelt waarvan het zegt dat het „fait présumer, sans préjudice de la preuve contraire". Dan wordt daardoor de beteekenis van art. 1282 nog ondubbelzinniger; en al werd art. 1283 bij ons niet overgenomen, om den zin van art. 1282 te veranderen was het niet te doen. Ook is de beteekenis van art. 1282 bij de beraadslagingen over den Code onbewimpeld dus verstaan. Van de „remise volontaire du titre original" heet het: „Cette remise du titre équivaut à une quittance. Le créancier s'est lui même mis hors d'état d'intenter aucune action". En van art. 1283 wordt gezegd: „Quoique la grosse du titre ait été volontairement remise au débiteur, cette remise n'est considérée que comme une présomption, qui peut être écartée par une preuve contraire". Exposé des motifs par BIGOT-PRÉAMENEU bij LOCRÉ XII, bl. 381. „La preuve contraire, qui n'est reservée qu'en ce qui concerne la grosse ne peut donc être proposée dans le cas de la remise du titre original". Rapport au tribunat par JAUBERT ibid. bl. 483 en met nog breeder ontwikkeling dezelfde in een volgend Rapport, ibid. bl. 533, alwaar de spreker met zoovele woorden aan het karakter van ver-

moeden, dat in die teruggave van den oorspronkelijken titel ligt, vasthoudt zeggende: „La remise volontaire du titre original s. s. p. par le créancier au débiteur fait preuve de la libération, sur le fondement de la présomption que le créancier n'aurait pas remis volontairement le titre original, si le débiteur n'avait pas été libéré". De bedoeling om hier een onwederlegbaar vermoeden aan te nemen kan ook niet duidelijker worden teruggegeven dan met de woorden welke JAUBERT onmiddellijk laat volgen: „Mais la loi ayant dit que la remise volontaire faisait preuve de la libération, d'où il suit que l'obligation est éteinte, et conséquemment que l'action en justice doit être déniée à l'ancien propriétaire du titre, il en résulte aussi que cet ancien propriétaire ne peut être admis à prouver que la remise volontaire du titre n'a pas opéré sa libération".

Wellicht heb ik te lang bij art. 1475 stilgestaan om aan te toonen dat wij ook naar onze wet daarin een voorbeeld vinden van die groep van wettelijke vermoedens, welke berusten op handelingen waaruit de wet bevrijding van schuld afleidt, en dat daar van een vermoeden de rede is, ofschoon het in de woorden niet is uitgedrukt en eindelijk dat het tot de onwederlegbare vermoedens behoort. Ik heb daardoor zelfs vooruit moeten loopen op een begrip, dat bij de behandeling van de bewijskracht der vermoedens nader ontwikkeld moet worden. Maar ik kon hier het een zonder het ander niet doen, en het artikel kwam mij voor een zóó sterk sprekend voorbeeld op te leveren van hetgeen ik vroeger opmerkte, dat de wetgever in deze materie niet geheel vast in zijne schoenen staat, dat ook daardoor eene nog langere uitweiding moge worden gerechtvaardigd met opzicht tot de vraag, of de wetgever juist deed bij dit vermoeden zich aan het gezag van het romeinsche recht en POTHIER te onttrekken door het tegenbewijs uit te sluiten. Hebben wij hier toch inderdaad met eene stilzwijgende wilsverklaring te doen, met eene handeling welke de bedoeling van partijen doet vermoeden, dan volgt daaruit dat die bedoeling ook eene andere kan wezen en eene andere kan blijken te zijn, wanneer het geheel der feiten of omstandigheden, waaronder de handeling plaats had, wordt blootgelegd. Hoe minder men tegenbewijs mogelijk acht, des te minder gevaar om het open te laten. Er is hier althans geen reden van openbare orde, die den wetgever kon bewegen het tegenbewijs uit te sluiten en te decreteeren: ik vraag

niet naar de bedoeling; wat zij mogen gewild hebben gaat mij niet aan; de handeling, die er verricht werd, sluit alle tegenspraak uit, ofschoon zij slechts grond geeft om te vermoeden dat zij niet zou verricht zijn indien de schuldenaar niet bevrijd ware. Het is evenwel duidelijk na te gaan hoe de fransche wetgever aan dat onwederlegbaar vermoeden kwam. Men wilde de vrijwillige teruggave van de grosse van eene authentieke akte, die POTHIER niet op zich zelve maar als zij door andere omstandigheden werd versterkt, tot een vermoeden maakte, tot een vermoeden behoudens tegenbewijs gemaakt hebben. Daartoe komende moest wel het vermoeden aan de teruggave van een onderhandsch schuldbewijs ontleend, op zijne beurt versterkt worden en zoo maakte men daarvan een onwederlegbaar vermoeden. Verg. de discussiën in den franschen staatsraad bij LOCRÉ, t. a. p. bl. 176 vv. Onze wetgever, die op goede gronden art. 1283 C. C. verwierp, had te gelijk aan het vermoeden van art. 1282, in art. 1475 opgenomen, zijn oorspronkelijk karakter kunnen en moeten teruggeven. Of die bepaling dàn als eene overbodige had kunnen worden beschouwd, zou de vraag blijven, maar het is stellig geene vraag, nu de wetgever de onwederlegbaarheid van het vermoeden wilde behouden. Een dergelijk vermoeden aan te nemen buiten uitdrukkelijke wetsbepaling, ware eene onmogelijkheid. De vraag van OPZOOMER in de aanteekening 3 op art. 1475 (VII. bl. 262) is dus eigenlijk buiten de orde.

De wet leidt voorts eene bevrijding van schuld af uit drie kwijtingen, waaruit blijkt van de betaling van drie achtereenvolgende termijnen van alle bij het jaar of bij kortere geregelde termijnen betaalbare schulden, als huren, pachten, jaarwedden tot onderhoud, altijddurende renten, lijfrenten, interessen van geleend geld. Dit feit doet vermoeden, dat ook de vroegere termijnen betaald zijn. Art. 1430 B. W. In den Code wordt deze bepaling niet aangetroffen, en toen daaromtrent inlichting gevraagd werd, zeide de Regeering (VOORDUIN V. bl. 112) dat dit vermoeden, ofschoon dan niet in de wet uitgedrukt, bij de meeste rechtbanken werd gevolgd. Daarover behoeft men zich niet te verwonderen, daar ook POTHIER, n⁰. 845, daarop wijst op het gezag van de l. 3 Cod. de apoch. publ. X, 22. De rechtvaardiging van dit vermoeden wordt door ASSER, Verg. § 734, nagenoeg met de woorden van POTHIER teruggegeven. Het geldt hier niet een vermoeden van bevrijding,

maar van betaling, op grond van plaats gehad hebbende betalingen.

In art. 1806 B. W. wordt de voldoening van interessen ondersteld, op grond van een schriftelijk bewijs van kwijting der hoofdsom zonder voorbehoud van interessen. Op grond van dat vermoeden van voldoening wordt de schuldenaar van de betaling van interessen bevrijd. Naar de bewoordingen van het artikel wordt de betaling vermoed en deze bijzondere wijze van bevrijding uit de omstandigheid van kwijting zonder voorbehoud voor de hoofdsom afgeleid. In zoover valt de bepaling geheel in de woorden van art. 1953 n°. 2. Wanneer de wetgever daar evenwel bijvoegt dat tengevolge van deze vermoedelijke voldoening de schuldenaar bevrijd wordt, dan spreekt hij daarmede de absolute bevrijding van den schuldenaar uit en ontzegt den schuldeischer elke vordering tot betaling van de interessen. In verband met de bepaling van art. 1433 B. W. is het vermoeden van voldoening wel gerechtvaardigd, te meer omdat het kapitaal de interessen voortbrengt, de interessen verschuldigd zijn als gevolg van een verschuldigd kapitaal. Dat echter de interessen ten gevolge van het vermoeden harer voldoening niet meer gevorderd mogen worden, kan niet anders dan als eene beperking van het vorderen van interessen in 't algemeen beschouwd worden, die de wetgever in verband met het verouderde interessen-verbod of om andere reden van openbare orde mag hebben noodzakelijk geacht. Zie Dl. I, bl. 254, 277 3e ed. Dat de slotwoorden van het artikel op een onwederlegbaar vermoeden wijzen, wordt algemeen erkend. Het Oostenr. wetb. ziet in de kwijting van het kapitaal een wederlegbaar vermoeden van betaling der interessen § 1427. Het romeinsche recht kent dit vermoeden niet. UNGER in GRÜNHUT'S Zeitschrift XV, bl. 539, n°. 9.

Ofschoon de verjaring van schuldvorderingen in het algemeen hare rechtvaardiging vindt in een vermoeden van te niet gaan der schuld uit het gedurende zoo langen tijd niet-instellen der vordering afgeleid, ligt zij toch buiten de wettelijke vermoedens, op welke de wetgever hier het oog heeft. Dat de verjaring het bewijs van te niet gaan der schuld zou opleveren, wordt nergens gezegd noch ondersteld. De wetgever maakt haar eenvoudig tot eene wijze van te niet gaan van schuld ten gevolge van het te niet gaan der vordering. De meeste fransche schrijvers vermelden de

verjaring in hare beide beteekenissen onder de wettelijke vermoedens. DIEPHUIS volgt hen daarin evenmin als ik. Bij de kortere verjaringen evenwel, waar de wetgever den schuldeischer de bevoegdheid toekent om tegenover de door den schuldenaar ingeroepen verjaring van dezen den eed te vorderen dat de schuld werkelijk is betaald, op de wijze als dit bij art. 2010 B. W. is voorgeschreven, gaat de wetgever kennelijk van een vermoeden van betaling uit, ofschoon hij dit niet noemt. Het eigenaardig karakter der verjaring wordt daardoor miskend (zie Dl. I, bl. 277 coll° 271 3e ed.). Het beroep op tijdsverloop hetwelk den schuldenaar bij deze kortere verjaringen wordt toegestaan, geeft een uitwendige gelijkenis met de verjaring. De bepaling behoort echter bij de betaling tehuis en had daar moeten vermeld worden als een geval waarin niet de schuld verjaard is, maar de betaling wegens tijdsverloop vermoed wordt, indien niet de schuldenaar des gevorderd den eed aflegt dat de schuld werkelijk is betaald.

Ad 4um. Wanneer de bepaling van art. 1953 n°. 4 op niet anders kan terugslaan dan op de in de volgende titels behandelde bewijsmiddelen door bekentenis en den gerechtelijken eed, dan kan daaraan moeilijk eene bijzondere beteekenis worden gehecht. Immers de kracht, welke de wet in tit. V aan de bekentenis en in tit. VI aan den gerechtelijken eed toekent, bestaat daarin, dat beide het bewijs van het erkende of van het bezworen feit opleveren, even goed als geschriften en getuigen dit doen. De wetgever heeft beide tot zelfstandige bewijsmiddelen gemaakt naast de vermoedens en kon ze onmogelijk door eene bepaling als van art. 1953 n°. 4. tot eene soort van vermoedens maken. Uit welke handeling of uit welk feit zou de wet hier tot het bestaan van een onbekend feit besluiten? Het zou de bekentenis of de eed zelf moeten zijn. Maar dan kan men even goed geschriften en getuigen tot de vermoedens brengen. De uitleggers van den Code zijn vrijwel eenstemmig tot het besluit gekomen dat toch art. 1350 n°. 4 C. C. niet anders kon opgevat worden en beschouwden die bepaling dan terecht als niet geschreven. Het is overigens vrij waarschijnlijk dat de fransche wetgever tot deze vermelding van bekentenis en eed onder de wettelijke vermoedens gekomen is door POTHIER die, in zijne korte en zeer onvolledige behandeling van de „présomtions iuris et de iure”, de bewijskracht

van deze met die van de bekentenis in verband brengt en den beslissenden eed daar met name als „une espèce de présomptions iuris et de iure" vermeldt, n°. 841, en dit nader aandringt n°. 915. Zoo hebben wij althans eene verklaring van de opneming eener overbodige en ook min juiste bepaling. Dat de beslissende eed door den franschen wetgever in art. 1350 terecht tot de vermoedens werd gebracht, beweert echter GARSONNET II, § 271 n°. 1, terwijl de bekentenis wel tot de vermoedens gebracht wordt omdat zij niet precies beöogt de waarheid van een feit uit te maken. Dat onze wetgever art. 1350 n°. 4 C. C. in een anderen meer verklaarbaren zin zou hebben opgevat en daarom die bepaling zou hebben behouden, blijkt niet. Hij deed, wat hem zoo dikwijls overkwam, nu hij eenmaal geroepen was den Code tot grondslag van zijn wetboek te leggen. Hij vertaalde. Maar zelfs de Ontwerper van 1820, die met eene enkele verandering den inhoud van 't fransche artikel overnam, maakt er in art. 3407 eene bepaling van tot opnoeming van voorbeelden van vermoedens iuris et de iure, aan welke hij de benaming van volstrekte presumties geeft. Was 't, nu men op 't voorbeeld van de fransche uitleggers als DEMOLOMBE, MARCADÉ, BONNIER, BAUDRY—LACANTINERIE, de de bepaling zoo goed als niet geschreven kan beschouwen, wel de moeite waard onzen wetgever over zijne navolging zoo scherp de les te lezen als OPZOOMER in zijne aanteekening dit deed? Zeker niet; zoodanige kritiek evenaart alleen in onbeduidendheid de gehekelde wetsbepaling. Meer sympathie gevoel ik voor pogingen om, waar zulk eene afkeuring een wetsartikel zou moeten treffen, nog eens te onderzoeken, of men het voorschrift wel goed begrepen heeft en of het niet in een redelijken zin zou kunnen worden geduid. Dit beproefde de heer J. J. L. D'HANGEST D'YVOY in een Acad. proefschrift over den aard der gerechtelijke bekentenis, Utrecht 1882 bl. 8. Naar aanleiding van dat betoog trok het meer bijzonder mijne aandacht dat de wetgever hier niet eenvoudig spreekt van de kracht aan de bekentenis en den eed toegekend, en dat hij evenmin, als in art. 1958, naar den gerechtelijken eed en de gerechtelijke bekentenis verwijst, in welke gevallen moeilijk aan iets anders dan aan de beide later behandelde bewijsmiddelen kon geacht worden gedacht te zijn, maar dat hij spreekt van de kracht welke de wet aan de bekentenis of den eed toekent, waarop in verband met den aanhef op eene bijzondere wetsbepaling

zou kunnen gedoeld zijn, terwijl verder niet eenvoudig van de bekentenis of den eed, maar van „l'aveu ou le serment de la partie", bij ons van de bekentenis van eene der partijen, of derzelver eed de rede is. Zoo zou de wetgever het oog kunnen hebben op bijzondere wetsbepalingen, waarbij aan de bekentenis of den eed van de tegenpartij in haar voordeel, als opleverende een vermoeden voor haar beweren, kracht wordt toegekend. En dan komen in aanmerking zoodanige gevallen, waarin de wetgever uit de verklaring of den eed van eene partij in haar voordeel tegenover de andere de waarheid van een onbekend, anders niet uit te maken feit afleidt. Zoo wordt, naar art. 1605 B. W., de verhuurder op zijn eed geloofd, terwijl, in het geval van art. 1604 B. W., het bewijs door getuigen uitgesloten en alleen de beslissende eed wordt toegelaten van dengeen die de huur ontkent. De meester wordt op zijn woord des noods met eede gesterkt geloofd in de gevallen bij art. 1638 B. W. aangewezen. De bewaarnemer wordt omtrent de bewaargeving zelve, het voorwerp der bewaargeving en de teruggave daarvan (op zijn woord) geloofd, onverminderd hetgeen in het IVde boek opzichtelijk den beslissenden eed is bepaald, art. 1737 B. W. Aan het woord, de verklaring des bewaarnemers wordt dus door den wetgever geloof gehecht; uit die verklaring moet, bij gevolgtrekking, de waarheid van het betwiste en onbekende feit der bewaarneming worden afgeleid, doch het bewijsmiddel van den beslissenden eed wordt niet uitgesloten. Zoo wordt hier zelfs de eed of het woord van ééne der partijen door den wetgever zelven tegenover den beslissenden eed gesteld. De kracht, welke de wet hier aan het woord, aan dien eed van ééne der partijen toekent, kan in verband met art. 1953 n°. 4 tot geen ander bewijsmiddel dan tot de vermoedens worden gebracht. Nu is het evenwel zeer betwistbaar of dit zg. vermoeden inderdaad valt in de bepaling van art. 1952; daartegen bestaat hetzelfde bezwaar als ik, in den aanhef dezer aanteekening, aanvoerde tegen het brengen van bekentenis en eed tot de vermoedens. Ten slotte blijft het altijd wat vreemd dat van de bekentenis wordt gesproken. De heer D'YVOY acht evenwel het fransche aveu minder juist te zijn vertaald en meent dat het door de verklaring, of nog liever het woord, van eene der partijen had moeten worden overgebracht. Dit komt mij evenwel zeer gedwongen voor en de aanleiding, die de wetgever had om van

eed en bekentenis te spreken, schijnt mij al te zeer voor de hand te liggen om niet te vreezen, dat men door het artikel in dien zin te duiden, den wetgever wellicht een betere gedachte toeschrijft, dan hij werkelijk gehad heeft maar toch geen juiste gedachte bij hem onderstelt. Praktisch maakt de eene of de andere verklaring overigens geen verschil.

De wet geeft in art. 1953 voorbeelden. Terwijl niet eens alle opgenoemde terecht tot de vermoedens worden gebracht, zooals met die sub 3°. genoemd het geval is en bij die sub 4°. met recht betwijfeld kan worden, zijn natuurlijk vele andere, welke in de wet voorkomen, daar niet genoemd. Doch de uitdrukkingen, welke de wetgever bezigt kunnen niet altijd afdoende zijn, dewijl hij wel eens zijne gedachte in den vorm van een vermoeden uitdrukt, of zelfs van een vermoeden spreekt, zonder dat aan een vermoeden als bewijsmiddel kan worden gedacht en hij aan den anderen kant zijn voorschrift wel op een vermoeden doet steunen en niettemin de meest stellige uitdrukkingen bezigt. Het mag alzoo niet overbodig worden geacht bij enkele bijzondere bepalingen nog eenigen tijd stil te staan.

In art. 271 B. W. vooronderstelt de wet de verzoening der echtgenooten tusschen welke eene reden voor echtscheiding bestaat, wanneer man en vrouw weder samenwonen, nadat laatstgemelde de gemeenschappelijke woning, met verlof van den rechter had verlaten. Zoowel de woorden der wet: „veronderstelt", als het feit hetwelk hier als waar wordt aangenomen en de grond waarop dit geschiedt, laten geen twijfel over, of wij hebben hier met een wettelijk vermoeden te doen. De vraag is, of het een wederlegbaar of onwederlegbaar vermoeden is. Doch dit punt valt bij de bewijskracht der vermoedens te bespreken.

Zoo komen er gevallen in de wet voor, waar de wet van een vermoeden spreekt en er ook geen bezwaar bestaat om daar een vermoeden te vinden, ofschoon de wet de bewijskracht van dat vermoeden op eene bijzondere wijze en afwijkend van hetgeen daaromtrent in tit. V. van B. IV, B. W. voorkomt, bepaalt. Daartoe behooren de artt. 13, 270, K. Wanneer de wetgever in art. 598 K. het vermoeden bij art. 270 vermeld uitsluit en in het daar bedoelde geval bewijs verlangt dat de verzekerde of diens lasthebber van de geleden schade heeft kennis gedragen dan wordt

daardoor bewijs door vermoedens niet uitgesloten. Alleen het bijzonder in art. 270 K. aangewezen vermoeden verliest hier zijn kracht.

Zonder van een vermoeden melding te maken noch de daarvoor gebruikelijke terminologie te bezigen gaat de wetgever van een wettelijk vermoeden uit, wanneer hij in art. 546 B. W. bepaalt dat hij die aanspraak maakt op eene nalatenschap of een legaat opgekomen aan een afwezige wiens bestaan onzeker is, waarop hij aanspraak zou hebben indien die afwezige niet in leven ware, die nalatenschap of dat legaat in bezit kan nemen alsof de afwezige overleden ware, zonder dat hij dat overlijden behoeft te bewijzen. Immers de waarheid van het feit waarom het hier te doen is, het overlijden van den afwezige, wordt door de wet aangenomen op grond van het bekende en te bewijzen feit, dat hij, die in de eerste plaats tot de nalatenschap of het legaat zou geroepen geweest zijn, afwezig en zijn bestaan onzeker is. Toch komen de gebruikelijke bewoordingen waarmede de wetgever een vermoeden uitdrukt hier niet voor.

Ook berust de bepaling van art. 305 B. W., in hoe stellige bewoordingen de wetgever zich uitdrukke, op een wettelijk vermoeden. Ik zal de gelegenheid hebben straks hierop met een enkel woord terug te komen. Evenzoo is het, gelijk wij reeds de gelegenheid hadden te zien, met de bepaling van artt. 1475, 2010 B. W. In art. 434 B. R. bepaalt de wet dat de overhandiging van het vonnis, welks uitvoering men begeert, aan den deurwaarder, dezen machtigt tot het doen van de geheele executie met uitzondering van die bij lijfsdwang.

Veel talrijker zijn de gevallen waarin de wetgever zijn voorschrift in den vorm van een vermoeden geeft en van „veronderstellen", „achten" enz. spreekt zonder dat er van een vermoeden iets meer dan de schijn bestaat.

Zoo heeft art. 2 van den titre préliminaire C. C. door zijne bewoordingen: „la promulgation sera réputée connue", onder de fransche uitleggers aanleiding gegeven tot de vraag, of hier een vermoeden is uitgesproken, dat wijken moet voor het bewijs van buitengewone omstandigheden, welke de bekendmaking der wet in eenig deel van het Koningrijk onmogelijk maakten. En terwijl velen, om slechts MARCADÉ en DEMOLOMBE te noemen, die vraag

in bevestigenden zin beantwoorden, wordt daarop ook wel bij ons een gelijk antwoord gegeven met opzicht tot de beteekenis van „de afkondiging wordt gerekend bekend te zijn" in art. 2 der wet A. B. Zoo NIENHUIS Akad. Voorlez. bl. 154. OPZOOMER Aant. op art. 2 § 3, bestrijdt dit gevoelen en terecht met het argument aan de woorden van het art. ontleend: „wanneer bij de wet geen ander tijdstip is vastgesteld". De uitzondering op den regel dat de wet begint te werken op den dag waarop de afkondiging gerekend wordt bekend te zijn, zoodat zij op een ander tijdstip zal aanvangen te werken, hangt dientengevolge alleen van den wetgever af. Als hij een ander tijdstip noodig rekent dan den twintigsten dag na dien der dagteekening van het staatsblad, zal hij het zelf zeggen. Daarmede vervalt elk beroep op eene omstandigheid, welke het bekend zijn onmogelijk maakte en verliest de vraag, of de wetgever hier een vermoeden aanneemt, elk praktisch belang. De argumenten, welke OPZOOMER buitendien tegen het aannemen van een vermoeden aanvoert en waarmede hij de leer der fransche schrijvers bestrijdt, komen mij niet overtuigend voor. Ik ben het volkomen eens met wat OPZOOMER opmerkt, dat wij op de terminologie der wet niet met vertrouwen kunnen afgaan en dat uit het gebruik van de uitdrukking gerekend op zich zelf niet tot de aanneming van een wettelijk vermoeden kan worden besloten. Maar ik acht de bepalingen omtrent de wettelijke vermoedens, en inzonderheid art. 1958, hier daarom uitgesloten, omdat die bepalingen alleen gemaakt zijn voor het bewijs van de rechtsbetrekkingen tusschen bijzondere personen, en zij derhalve op het gebied van de verbindende kracht der wetten niet gelden. Maar dat hier evenmin uit het gebruik van het woord gerekend kan worden afgeleid, dat de wetgever een mogelijk verschil tusschen de werkelijkheid en de wettelijkheid van het feit zou hebben willen in aanmerking nemen, als hij dit in art. 305 B. W. zou hebben gewild, indien hij daar in plaats van te zeggen, dat het kind den man tot vader heeft, had gezegd dat het gerekend wordt den man tot vader te hebben, kan ik OPZOOMER niet toegeven. Gelijk ik reeds op bl. 142 opmerkte, meen ik juist in art. 305 een voorbeeld aan te treffen van een geval, waarin een wetsbepaling op een vermoeden berust, zonder dat de wetgever zich van de gewone terminologie ten aanzien van de vermoedens bediend heeft. In het oog der wet moge de man de vader zijn, om het

even of hij het ook volgens de natuur, of hij het werkelijk is, toch ligt er zoozeer een vermoeden des wetgevers aan de bepaling tot grondslag, dat de uitgesproken regel, blijkens de volgende artikelen, zij het dan in bepaalde gevallen, voor de werkelijkheid wijken moet. En alleen de omstandigheid, dat die gevallen bepaald zijn omschreven en de wetgever in geene andere zijn vermoeden voor de werkelijkheid doet wijken, maakt dat de vraag, vermoeden of niet, haar praktisch belang verliest. Dat „feiten in de wet opgenomen tot juridische begrippen worden" is eene formule geschikt om aan de uitsluiting van een vermoeden te doen denken en aannemelijk waar die uitsluiting vaststaat, maar haar bewijzen kan zij, dunkt mij, niet. Bij de behandeling van art. 305 in het beredeneerd overzicht van den dertienden titel, noemt OPZOOMER trouwens uitdrukkelijk het beginsel, volgens hetwelk het kind, staande huwelijk verwekt, den man tot vader heeft „enkel een vermoeden". „Verder dan tot een vermoeden kan dus de wetgever het niet brengen", II bl. 120, en voorts bl. 125: „Wanneer de wet aanneemt, dat een kind in het huwelijk verwekt den man tot vader heeft, dan is dat een vermoeden". Dit is trouwens het algemeene gevoelen en het verdient daarbij opmerking dat D'AGUESSEAU, juist in zijne pleitrede over het bewijs van de wettige afstamming en in verband met deze, de leer der wettelijke vermoedens uiteenzet; Oeuvres ed. PARDESSUS II p. 361, 352. Zie hierboven bl. 139.

Wanneer in art. 589 en zoo ook in art. 2002 B. W. bepaald wordt, dat de goede trouw van den bezitter steeds wordt verondersteld, dan is dat zeker eene formule die voor een vermoeden past, maar is hier inderdaad een vermoeden uitgesproken? Het moge een onbekend feit zijn of de bezitter het bezit te goeder of te kwader trouw verkreeg, maar uit welk bekend feit wordt dit afgeleid? Uit het feit der bezitsverkrijging? Dit kan toch moeilijk daarvoor een grond opleveren. Geene gevolgtrekking, merkte ik hierboven bl. 141 reeds op, zou het meer aan een deugdelijken grond kunnen ontbreken, daar er hoegenaamd geen verband is tusschen het eene feit en het andere. Wat is de zaak? Al worden door de menschen vele slechte handelingen verricht, geene handeling, die hare slechtheid niet in zich zelve heeft, maar wier slechtheid alleen kan aangenomen worden om de gezindheid waarmede zij verricht werd, kan slecht genoemd worden, indien dit haar karakter niet is aangetoond. Want het verrichten van slechte

daden en zoo ook de kwade trouw, waarmede gehandeld wordt maakt inbreuk op den gewonen in eene ordelijke maatschappij bestaanden toestand; er ligt daarin eene afwijking van den normalen toestand welke niet kan worden aangenomen zonder bewijs. De wetgever had daarom niet noodig gehad dat vermoeden van goede trouw uitdrukkelijk te stellen. Het ware voldoende geweest, indien de wetgever alleen had bepaald, dat hij die de kwade trouw beweert die moet bewijzen. En ook dit zou zelfs zonder bepaling gelden, doch het uitdrukkelijk te zeggen was hier niet overbodig omdat de goede trouw als een positief vereischte tot zekere dusgenoemde „rechten die uit het bezit voortvloeien" wordt gesteld in art. 604 n°. 2 en 3, art. 2000, B. W. De vorm waarin hij dit uitdrukte werd die van een vermoeden omdat ook een werkelijk vermoeden eene ontheffing van den bewijslast medebrengt. Men houde slechts in het oog dat niet iedere ontheffing van bewijslast het gevolg van een werkelijk vermoeden is, al stelt de wetgever het zoo voor. Zoo ging het O. 1820 ook geheel buiten het gebied der vermoedens als bewijsmiddel, toen het in art. 3409 bepaalde: „Behalve hetgeen te dezen aanzien bijzonderlijk bepaald is, wordt alzoo voorwaardelijk ondersteld: 1°. dat ieder mensch burgerlijk onbesproken is; 2°. dat niemand van een ander iets te vorderen heeft; 3°. dat een behoorlijk ingewonnen getuigenis van twee bevoegde getuigen waarheid behelst". Behalve dat noch vorm noch inhoud der bepalingen waarin deze z.g. vermoedens hier worden uitgesproken aannemelijk is, behooren zij in de wet niet tehuis. Verg. met art. 3409 O. 1820 DOMAT L. III tit. 17 Sect. 4 n°. 7. — In verband met hetgeen ik omtrent de goede trouw van den bezitter opmerkte, zou ik ook in de artt. 150, 151 en 153 B. W. ofschoon de wetgever zich daar over den bewijslast niet uitlaat, het bewijs van de goede trouw niet opleggen aan hem die beweert dat de goede trouw bij beide of bij een van de echtgenooten heeft bestaan noch aan de schuldeischers die beweren te goeder trouw met de echtgenooten te hebben gehandeld. En dit om deze analogie, welke er tusschen deze gevallen en de goede trouw bij het bezit bestaat, dat de goede trouw zoo zeer de normale toestand is, dat de kwade trouw niet anders mag worden aangenomen dan op daarvan geleverd bewijs. De goede trouw bestaat zoolang het tegendeel niet is bewezen; zij maakt daarom geen voorwerp van een beweren uit. — Evenmin als het aannemen van de goede trouw

op een vermoeden berust, — want uit welk bekend feit zou haar bestaan worden afgeleid? — evenmin is dit het geval bij bedrog en de wetgever had, even goed als van bedrog in art. 1364 B. W., bij de regeling van het bewijs der goede en kwade trouw eenvoudig kunnen zeggen: de kwade trouw wordt niet verondersteld maar moet bewezen worden. Zoodanige bepaling betreft alleen den bewijslast en dat, bij de toepassing van dien bewijslast, hij die de kwade trouw beweert evenals hij die bedrog beweert van vermoedens kan gebruik maken, bewijst art. 1959. — Volgens art. 1686 B. W. wordt de maatschap in het daar bedoelde geval ontbonden door eene opzegging, mits die opzegging te goeder trouw hebbe plaats gehad. Moet nu wederom hij die dus opzegt zijne goede trouw bewijzen? Neen; om uit te maken dat zij niet aanwezig is geeft de wetgever als voorbeeld het geval dat het in art. 1687 aangewezen oogmerk door de andere partij bewezen wordt. Dus ook hier rust het bewijs van ontstentenis van goede trouw of van 't bestaan van kwade trouw op hem die deze beweert. Goede trouw, al wordt zij tot de geldigheid van de opzegging vereischt, is geen voorwerp van een beweren.

Wat wij te denken hebben van het vermoeden van kwade trouw, dat in de woorden van art. 588 § 2 wordt uitgedrukt, wordt duidelijk als wij nagaan dat dit onbekende feit zijn grond zou moeten vinden in het niet minder onjuist als een vermoeden gequalificeerd rechterlijk gewijsde. Verg. Dl. II 3e dr. bl. 90—92. Is het ook wel juist dat de regeling van den bewijslast, zooals die in art. 590 en 591 B. W. plaats heeft, in den vorm van een vermoeden wordt uitgedrukt? Of ligt aan de bepaling van art. 590 niet tot grondslag het beginsel dat bewijzen moet hij die in een toestand, zooals die zich feitelijk voordoet, verandering brengen wil of beweert dat die een andere is dan zooals hij zich voordoet? En wordt in art. 591 niet dit beginsel bij den bewijslast gehuldigd, dat het ontstaan van een toestand bewezen zijnde, het ophouden of veranderen daarvan door hem die dit beweert moet worden bewezen? De H. Raad nam daarentegen aan, bij arr. van 8 Mei 1896 W. 6809, dat uit art. 590 niet volgt een vermoeden voor den bezitswil, daar het alleen doelt op het geval dat er geschil is of iemand voor een ander bezit. Mij dunkt het verband der artt. 590 en 591 met 585 en vooral van de artt. 2230 en 2231 C. C. met art. 2228 ald. rechtvaardigen deze stelling van den H. R. aller-

minst. En hoe dan, als de wil wordt gestaafd met het: quia possideo? NICOLAÏ geeft eenige aanleiding tot de opvatting van den H. R. in zijne parafraze p. m. 91 en 92. Cf. BIGOT PRÉAMENEU bij LOCRÉ XVI, p. 564 n°. 8; LAND II, bl. 61. — Wat beteekent het vermoeden dat de in artt. 878 en 941 B. W. bedoelde personen op hetzelfde oogenblik gestorven zijn? Nu er in het geheel geen vermoeden van vooroverlijden wordt aangenomen, volgt daaruit niet van zelf dat dat vooroverlijden bewezen moet worden, zal er op grond daarvan aanspraak op de nalatenschap gemaakt worden? Wordt dit niet door artt. 883 en 946 voldoende uitgemaakt? — Is het iets anders dan een vermoeden in den vorm, wanneer de wetgever in art. 1395 B. W. bepaalt dat iedere betaling eene schuld doet veronderstellen? Of ligt de kracht van de bepaling niet in het opleggen van den bewijslast aan hem die beweert onverschuldigd te hebben betaald? Is die bepaling iets anders dan de toepassing van art. 1902, dat ieder die beweert eenig recht te hebben of zich tot staving van zijn recht op eenig feit beroept, het bestaan van dat recht of van dat feit moet bewijzen? En zou de aanleiding voor die uitdrukkelijke bepaling niet deze zijn dat, behalve dat er eene inleiding voor de nadere regeling van het onderwerp noodig was, het „negativa non sunt probanda" hier moest worden buiten de deur gehouden? Het ware toch wat heel naïef te meenen dat uit het bekende feit, de betaling, tot het zg. onbekende feit: het bestaan hebben van eene schuld, werd geconcludeerd! PAULUS moge in l. 25 de probat. XXII, 3, van eene praesumtie in dit geval spreken, hij zegt er toch van „praesumtionem pro eo esse qui accepit, nemo dubitat: qui enim solvit numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundit;" er moge daarin een bijzondere rechtvaardiging liggen van den aan den betaler opgelegden bewijslast, hij kon dien niet ontgaan, omdat hij inbreuk wil maken op den bestaanden toestand. Dat in den „wetenschappelijken aanhef" van dit artikel geen vermoeden mag gezocht worden neemt ook OPZOOMER aan, maar zelfs eenige aanwijzing omtrent den bewijslast wil hij er niet in lezen. Is de daarvoor opgegeven reden, dat die hier allerminst op haar plaats zou zijn, van eenig gewicht? Zie zijne aanteekening op art. 1395 § 1 in Dl. VI, bl. 223 n°. 1.

Uit art. 1474 B. W. mag zeker niet worden afgeleid dat eene kwijtschelding niet door vermoedens zou mogen worden bewezen. Want wanneer de wetgever zegt: zij moet bewezen worden, dan

verwijst hij daardoor meteen naar alle bewijsmiddelen. Maar zal dan het bewijs door vermoedens uitgesloten zijn, als geen bewijs door getuigen kan worden toegelaten? Dit moet uit art. 1959 B.W. volgen. Intusschen verlieze men niet uit het oog dat indien er, voor het geval getuigenbewijs is uitgesloten, een geschrift bestaat waarin eene handeling is geconstateerd, welke de bedoeling om kwijt te schelden medebrengt, getuigenbewijs niet te pas komt en dat dan ook niet door vermoedens, welke evenals getuigen zouden zijn uitgesloten, het bewijs der kwijtschelding geleverd wordt. Men pleegt in dergelijk geval, waar de wil niet in woorden is uitgedrukt maar uit de handeling volgt, van een vermoedelijken wil te spreken en zou alzoo ook kunnen zeggen, dat deze in zoodanig geval door vermoedens bewezen wordt, maar inderdaad hebben we hier met eene uitlegging van eene in eene door schrift geconstateerde handeling zich openbarende wilsverklaring te doen. De beteekenis van art. 1474 is, gelijk DIEPHUIS X, bl. 658, terecht opmerkt, deze, dat „eenvoudig wordt te kennen gegeven, dat, al is er ook iets gebeurd, wat aan kwijtschelding kan doen denken, deze daarom niet geacht moet worden te hebben plaats gehad, wanneer daarvan niet met genoegzame zekerheid blijkt". Hetzelfde geldt van art. 1451 B. W. (zie DIEPHUIS X, bl. 619 v.). En wanneer men bedenkt dat art. 1474 in de wet werd opgenomen, omdat van kwijtschelding hetzelfde moet gelden als van schuldvernieuwing (ASSER, Verg. § 733), dan ligt daarin, om dit hier in 't voorbijgaan op te merken, nog eene reden te meer om aan te nemen dat, terwijl de wetgever met de verschillende redactie van art. 1474 dezelfde gedachte heeft uitgedrukt, in art. 1451 acte in de beteekenis van handeling wordt gebezigd. Verg. DIEPHUIS X, bl. 619 en de n^t^. Wat wij straks omtrent de uitsluiting van getuigenbewijs bij kwijtschelding opmerkten, geldt ook hier. Zie voorts ook art. 1861 B. W. waar eene soortgelijke bepaling, als die van artt. 1451 en 1474, omtrent borgtocht voortkomt. Wanneer art. 1499 bepaalt dat koop en verkoop op de proef aangegaan altijd verondersteld wordt onder eene opschortende voorwaarde te hebben plaats gehad, dan wordt daarmede niet anders dan eene bedoeling van de partijen aangewezen welke voor een daarmede strijdig beding moet wijken. Van een vermoeden is hier geen sprake, er wordt geene gevolgtrekking uit een bekend feit tot een onbekend feit gemaakt, maar alleen de beteekenis van het bekende feit

wordt aangegeven. — Zoo wordt ook in art. 300 K., bij gebreke van uitdrukkelijke verklaring, de verzekering verondersteld voor één jaar te zijn gesloten. Willen partijen eenen anderen tijd bepalen dan moeten zij het zeggen, maar van een vermoeden is hier geen sprake omdat er geene gevolgtrekking uit een bekend tot een onbekend feit wordt gemaakt.

Eindelijk wordt in art. 274 § 1 K. van een vermoeden in den zin van twijfel gesproken. Immers een gegrond vermoeden dat geen bewijs oplevert van het bovenmatige der opgave maar tot opleggen van de nadere rechtvaardiging daarvan leidt, kan wel niet anders dan een grond opleveren om aan de juistheid der opgave te twijfelen.

§ 132. BEWIJSKRACHT.

Eene andere is de bewijskracht der wettelijke vermoedens, eene andere die der rechterlijke. Wettelijke vermoedens.

Bij de wettelijke is de bewijskracht ook weder verschillend. Alle wettelijke vermoedens ontslaan dengene in wiens voordeel zij bestaan van verder bewijs; doch niet is tegen allen tegenbewijs toegelaten. Dit is wel in den regel het geval. Maar het wordt uitgesloten wanneer de wet op grond van een door haar aangenomen vermoeden bepaalde handelingen nietig verklaart of den rechtsingang weigert. In deze gevallen zou het tegenbewijs door de wet uitdrukkelijk moeten zijn vrijgelaten. Art. 1958 B. W.

De wettelijke vermoedens kunnen dientengevolge in wederlegbare en onwederlegbare worden onderscheiden. De eerste plegen praesumtiones iuris, de andere praesumtiones iuris et de iure genoemd te worden.

Op grond van een wettelijk vermoeden wordt de waarheid aangenomen van een onbekend feit hetwelk voor direct bewijs niet vatbaar wordt geacht. De wet levert derhalve in zekeren zin het bewijs van dat feit en de partij, die er zich op beroept en het anders zou hebben moeten bewijzen, wordt van die verplichting ontheven. De wet zelve spreekt voor haar. Het wettelijk vermoeden bevrijdt haar dientengevolge van den bewijslast doch alleen in dit opzicht dat de waarheid van het onbekende feit mag worden

aangenomen, indien het feit, waaruit het is afgeleid, vaststaat, bewezen is. Opdat eene partij zich te haren voordeele op het wettelijk vermoeden kunne beroepen moet zij het bestaan daarvan in het concrete geval aantoonen en mitsdien bewijs leveren van het feit hetwelk daaraan tot grondslag ligt. Eerst wanneer dit haar gelukt, wordt zij ontheven van het bewijs van het onbekende door de wet vermoede feit. Zoo zegt onze wetgever terecht dat de partij in wier voordeel het vermoeden bestaat van verder bewijs, „van alle verdere bewijzen" zooals hij het uitdrukt, ontslagen is (art. 1958 § 1) beter dan de fransche wetgever, welke, in art. 1352, hem in wiens voordeel het bestaat, „dispense de toute preuve". Dit laatste is alleen juist wanneer men de woorden „celui au profit duquel elle existe" in een concreten zin opvat, alsof de wetgever zeide: degene in wiens voordeel het vermoeden bestaat, in dien zin dat het feit waaruit de wet het afleidt vaststaat m. a. w. bewezen is. Het komt mij voor dat op deze wijze ook het fransche artikel te verdedigen is doch het geeft tot dubbelzinnigheid aanleiding, daar de woorden „in wiens voordeel het bestaat" eerder in dezen zin verstaan worden: in wiens voordeel de wet het vaststelt. In ieder geval wekt dat ontslag van elk bewijs, waarin kennelijk de hoofdstrekking der bepaling ligt, eerder de gedachte op, als zoude hij die zich op een wettelijk vermoeden beroept in 't geheel niets te bewijzen hebben en deze gedachte leidt op den verkeerden weg. In het Ontwerp 1820 wordt in art. 3406 § 2 de uitdrukking van den Code overgenomen en van „ontslaan van alle bewijs" gesproken. Het artikel sprak bovendien niet „van hem in wiens voordeel het bestaat", maar in wiens voordeel „dezelve aangenomen worden". Of onze wetgever aan de door hem gekozen uitdrukking veel hechtte mag betwijfeld worden. Immers in den franschen tekst van art. 1964 W. 1830 was de redactie van den Code behouden, terwijl de hollandsche tekst van alle verdere bewijzen spreekt. Bonnier n°. 840, II, bl. 415, wijst op de absolute onjuistheid van uitdrukking der fransche wet. Andere uitleggers maken zich er daarmede af „qu'il ne faut pas prendre ces expressions trop à la lettre", zooals Demolombe XXX n°. 259 zegt. Bij allen staat vast, dat hij die zich op een wettelijk vermoeden beroept moet bewijzen dat hij zich bevindt in het geval bij de wet voorzien en dàn kan het feit welks waarheid de wet vermoedt, als vaststaande worden beschouwd „sans qu'il soit besoin d'en faire

la preuve", zooals POTHIER zegt n°. 839. Zoo geeft het dan ook alleen tot verwarring aanleiding, wanneer men zegt dat hij die bewijst, dat het beroep op het wettelijk vermoeden faalt, omdat het feit waaruit de wet het afleidt niet bewezen is, indirect bewijs tegen het wettelijk vermoeden zou leveren. Direct noch indirect; immers hij beweert alleen dat het vermoeden niet ontstaat omdat daaraan de wettelijke grondslag ontbreekt. Verg. DEMOLOMBE t. a. p..

Staat het dan vast, dat het feit waarop de wetgever zijn vermoeden grondt in een concreet geval moet vaststaan en derhalve moet bewezen worden door hem die zich daarop in zijn voordeel beroept (art. 1902 B. W.) de vraag is, of de wet op dien regel uitzonderingen toelaat. GARSONNET, II § 271 n[t] 11, verzekert op stelligen toon dat de vrijwillige teruggave van een oorspronkelijk onderhandsch schuldbewijs de bevrijding doet vermoeden, zonder dat de schuldenaar behoeft te bewijzen dat die teruggave eene vrijwillige is geweest. Toch zal in ieder geval de schuldenaar moeten bewijzen, dat hij in het bezit van het stuk is of geweest is en alleen de gedachte aan het gewone geval, dat de schuldenaar in het bezit van het stuk zal zijn, en dat dit bezit, behoudens tegenbewijs, voldoende is tot bewijs van de vrijwillige teruggave, — in strijd met de jurisprudentie van het Hof van Cassatie, hetwelk evenals enkele schrijvers behalve dat bezit bewijs van de vrijwillige teruggave vordert, — kan de stelling van GARSONNET verklaren, doch het blijft onjuist om van eene uitzondering te spreken, als ware in het geval van art. 1282 = 1475 de schuldenaar van elk bewijs der vrijwillige teruggave ontheven. Die voorstelling is evenwel niet ongewoon. Het is de vraag, en daarop komt het aan, hoe levert hij dat bewijs? En dan komt mij het bewijs van het bezit van den titel door vertooning of overlegging daarvan voldoende voor; aan den schuldeischer het bewijs dat de teruggave niettemin niet vrijwillig is geweest. Legt men aan den schuldenaar het bewijs op dat de titel hem vrijwillig is teruggegeven, dan zou hij het bewijs moeten leveren dat de handeling, waarbij de teruggave plaats had, geschied is met den wil om te bevrijden, doch dan verliest het wettelijk vermoeden, dat de wet daaromtrent aanneemt, reden van bestaan. Heeft de schuldenaar den titel in zijn bezit, dan heeft hij dit te goeder trouw verkregen en alzoo door des schuldeischers vrijwillige medewerking.

Heeft de sehuldenaar het stuk weggenomen of bijv. met andere stukken in bewaring gekregen dan is hij in de kwade trouw, want ook in het laatste dezer gevallen weet hij dat de titel hem niet is teruggegeven. Het bewijs evenwel van de kwade trouw rust op hem die deze beweert, in dit geval alzoo op den schuldeischer. Na hetgeen ik omtrent dat z. g. vermoeden van goede trouw vroeger opmerkte, ben ik van oordeel dat de vrijwillige teruggave hier niet op grond van een vermoeden wordt aangenomen. Het bezit te goeder trouw kan niet anders dan het gevolg of liever het teeken van vrijwillige teruggave zijn. Ook daarom moet de bewijslast op den schuldeischer rusten dewijl deze in den natuurlijken toestand en de gevolgen daarvan verandering wil brengen. Maar al meent men dat het bezit hier niet dan een vermoeden voor de vrijwillige teruggave oplevert, dan nog zou art. 1959 tegen dit rechterlijk vermoeden geen bezwaar opleveren, indien het bedrag der schuld boven het bedrag mocht zijn van welks ontheffing het bewijs door getuigen mag worden geleverd en daarom ook bewijs door rechterlijke vermoedens is uitgesloten. Immers het vermoeden betreft hier niet de bevrijding zelve maar het feit der vrijwillige teruggave. De vraag is evenwel, zooals ik begon met op te merken, betwist en die twist is oud. POTHIER n° 609 beslist haar in den door mij gevolgden zin al is zijne argumentatie niet geheel dezelfde; hij bestreed daarbij het gevoelen van BOICEAU. Opmerking verdient dat BIGOT-PRÉAMÉNEU in zijn Exposé des motifs, bij LOCRÉ XII p. 381 n°. 154, de hoofdgedachte van POTHIER geheel volgt en met zoovele woorden zegt: „Cette preuve (nl. dat de titel bij verrassing of door misbruik van vertrouwen in handen van den schuldenaar is gekomen) ne doit pas être à la charge du débiteur, parce que la remise du titre étant un moyen naturel et usité de se (?) libérer, il faut, pour écarter ce moyen, prouver qu'il n'existe pas réellement et que la remise n'est pas volontaire." Dit is evenwel geen toelichting van de voorgestelde wetsbepaling maar behoort tot hare uitlegging betreffende een punt waaromtrent de wetgever zelf zich in het artikel niet uitlaat. Zoo is het ook met hetgeen JAUBERT zegt in zijn Rapport au tribunat bij LOCRÉ t. a. p. n°. 43, bl. 483. Al komt deze tot hetzelfde besluit als BIGOT, zijn argument dat de schuldenaar niet behoeft te bewijzen dat de teruggave vrijwillig is geweest omdat hij als gedaagde tot gee-

nerlei bewijs gehouden is, mag zeker niemand van de juistheid van zijne meening overtuigen. Verg. DIEPHUIS X, bl 656, v. en de in de noot op bl. 657 aangehaalde schrijvers. Zeer in het breede wordt het vraagpunt uiteengezet door LAURENT XVIII n°. 355—360. Wanneer deze schrijver van oordeel is dat de bewijslast op den schuldenaar rust niet alleen van zijn bezit, maar ook van de vrijwillige teruggave zelve, n°. 358, verdient daarbij toch opmerking dat hij in verband daarmede aanwijst wat de schuldeischer in dezen te bewijzen heeft en hoe hij dat bewijs leveren kan. De bevoegdheid van den schuldeischer om tegenbewijs te leveren tegenover het bewijs dat uit het bezit des titels voortvloeit, betwist niemand.

Er heerscht hier blijkbaar misverstand en verwarring tusschen het bewijs der bevrijding uit het onwederlegbaar vermoeden van bevrijding voortspruitende en het bewijs van het feit, de vrijwillige teruggave, waaruit het vermoeden wordt afgeleid. De bepaling der wet, zooals zij gesteld is, werkt m. i. een en ander in de hand. Het komt mij voor dat zij beter dus gesteld ware, dat het vermoeden van bevrijding werd afgeleid uit het feit dat het oorspronkelijk onderhandsch schuldbewijs zich bevindt in handen van den schuldenaar en dat dit vermoeden dan tot een wederlegbaar vermoeden werd gemaakt. Zoo zou van zelf de schuldenaar van het bewijs der vrijwillige teruggave zijn ontheven en deze terecht geacht worden in het houden opgesloten te liggen. Het tegenbewijs zou dan niet anders dan de juistheid der gevolgtrekking in een gegeven geval kunnen betreffen en dit zou geleverd worden door het bewijs, dat de schuldenaar op zoodanige wijze het schuldbewijs in handen had gekregen waardoor vermoeden van bevrijding werd uitgesloten. Dit bewijs ware den schuldeischer in billijkheid opgelegd, omdat het tegen de gewone orde der dingen is dat de schuldenaar het bewijs tegen den wil des schuldeischers in handen kreeg, en dat bewijs door den schuldeischer niet moeielijk zal te leveren zijn. UNGER, die (in GRÜNHUT'S Zeitschrift XV, bl. 537) van oordeel is dat de teruggave van het schuldbewijs een wederlegbaar vermoeden van betaling zou zijn, voegt daarbij dat vele uitleggers van het rom. recht, als ARNDTS § 262 Anm. 4, WINDSCHEID § 344 nt 5, DERNBURG Pand. II § 54 nt 16, GRUCHOT Lehre v. d. Zahlung einer Geldschuld s. 207 fg., op grond van l. 15 C. de solut. VIII. 42, l. 2 § 1 D. de pact.

II, 14, aannemen dat de teruggave een vermoeden voor te niet gaan der schuld oplevert zoodat niet voldoende is het tegenbewijs dat geen betaling heeft plaats gehad, maar dat de schuldeischer de teruggave bestrijden moet. Dan wordt evenwel het bewijs geleverd tegen het feit waarop het vermoeden berust en het vermoeden daaruit geput tot een onwederlegbaar vermoeden gemaakt.

De verhouding waarin de rechter tegenover de wettelijke vermoedens geplaatst is, moet wel deze zijn, dat zijn oordeel als over andere feiten vrij is over het bestaan van het feit, waarop de wet een vermoeden omtrent het bestaan van een ander feit aanneemt. Staat evenwel de waarheid van het feit waarop het vermoeden gegrond is vast, dan is de rechter aan de gevolgtrekking, welke de wet daaruit maakt, gebonden en hij zou zich aan schending van de wet schuldig maken, wanneer hij, de juistheid der gevolgtrekking in het bepaalde door hem te beslissen geval ontkennende, het vermoeden der wet niet toepasselijk achtte, tenzij de wet zelve het tegenbewijs had vrijgelaten, en daarmede de bevoegdheid toekent aan de partij tegen wien de andere zich op het wettelijk vermoeden beroept om het niet bestaan van het op vermoeden door de wet aangenomen feit te bewijzen en langs dien weg de onjuistheid van 's wetgevers gevolgtrekking in het voorliggend geval aan te toonen. Maar dan rust ook op de partij, tegen welke het vermoeden pleit, de verplichting om dat tegenbewijs te leveren. Doet zij dit niet door zich er niet van te bedienen dan is de rechter gehouden om overeenkomstig het wettelijk vermoeden te beslissen, even goed als wanneer de partij in dat bewijs ware te kort geschoten, zoodat het tegenbewijs den rechter onvoldoende voorkomt. Verg. art. 3408. O. 1820.

Het tegenbewijs staat in den regel tegen wettelijke vermoedens open. Ligt de toelating daarvan in den aard van het bewijs op het gebied van het burgerlijk recht in het algemeen, de bijzondere aard der vermoedens, welke uit zich zelven op eene op grond van waarschijnlijkheid aangenomen waarheid wijst, doet niet anders verwachten. JAUBERT, Rapport bij LOCRÉ t. a. p. n°. 32, wijst er op in zijne omschrijving: „Lorsque la loi se borne simplement à établir une présomption, la preuve contraire peut être admise, quoique la loi ne la réserve pas, parce qu'il est dans la

nature des présomptions qu'elles cèdent à la preuve". En zoo is ook de wet in hare bepaling van art. 1958 § 2 meer uitsluitend in schijn dan in werkelijkheid. De aanhef van die bepaling; „Geen bewijs wordt tegen een wettelijk vermoeden toegelaten" mag in verband met hetgeen er volgt dus gelezen worden: „Tegen een wettelijk vermoeden wordt alleen dan geen bewijs toegelaten" enz. Want inderdaad wordt de uitsluiting tot bepaalde gevallen beperkt en dit geschiedt nog verder met op onderscheidene wijze geformuleerd voorbehoud. Welke is de beteekenis van dat „in en uit?"

Voor dat ik tot de behandeling van die vraag overga, een woord over de onderscheiding, welke tengevolge van de bepaling der wet tusschen de wettelijke vermoedens kan gemaakt worden, naarmate dat zij al of niet tegenbewijs toelaten. Reeds vroeger duidde ik ze aan met de benaming van wederlegbare en onwederlegbare vermoedens. Men pleegt daarvoor nog altijd de benaming van praesumtiones iuris, of iuris tantum, en iuris et de iure te gebruiken. Dat is gefabriceerd of middeneeuwsch latijn, ik erken het gaarne; dat zij evenwel het begrip niet duidelijk zouden uitdrukken acht ik, vooral in verband met andere vreemde kunsttermen, die wij ons veroorlooven of getroosten, schoolsche muggezifterij. Mij komt althans de omschrijving van MENOCHIUS bij DEMOLOMBE n°. 261 aangehaald, vrij eenvoudig en niet gedwongen voor. Zie ook BIGOT-PRÉAMENEU, Exp. d. Mot. LOCRÉ XII bl. 409 n°. 213. Met de kalme opmerkingen daaromtrent van DEMOLOMBE of het gebruik der uitdrukkingen met de berusting van OPZOOMER, die er geen bedenking tegen maakt, kan ik mij beter vereenigen dan met de heftigheid, waarmede bij de Franschen BONNIER II n°. 839 en bij ons DIEPHUIS III, bl. 227 nt. 3 er tegen te velde trekken. Doch dit is eene zaak van temperament. Ik wil gaarne medewerken tot het vermijden van exotische uitdrukkingen en het invoeren van nederlandsche termen, op het gevaar af van ons in onze wetenschap om de eer der moedertaal, nog meer te isoleeren, maar op zich zelf heb ik tegen die praesumtiones iuris en iuris et de iure geen grooter bezwaar dan tegen andere, waar het de vraag is om ze uit te bannen. Van meer belang is het dan evenwel om tot eenstemmigheid te komen omtrent de nederlandsche termen waardoor ze zullen worden vervangen. Ik zou aan de uitdrukking door

het ontwerp 1820 in art. 3406 gebezigd van volstrekte en min volstrekte wettelijke vermoedens, de voorkeur geven boven de terminologie van DIEPHUIS t. a. p., die van strengere en eenvoudige of gewone wettelijke vermoedens spreekt, omdat de fransche schrijvers als POTHIER en BONNIER die benaming van gewone voor de rechterlijke in tegenstelling van de wettelijke gebruiken. Ook vind ik de tegenstelling van gewoon tegenover strengere niet gelukkig en die van streng tegenover minder streng niet veelzeggend. Volstrekt en min volstrekt is beter, maar wat abstract; het is niet hare wetenschappelijkheid die ik afkeur maar wel dat zij te uitsluitend voor de mannen der wetenschap berekend is. Wederlegbaar en onwederlegbaar drukt dunkt, mij, het onderscheiden karakter der wettelijke vermoedens op eene stellige wijze uit door aan te geven waarop het bij het onderscheid in de daaraan toegekende kracht aankomt. Op eene enkele plaats noemt het O. 1820 ze niet minder juist onbetwistbaar wat men dan tegenover betwistbaar kan stellen. Art. 3140 § 3. Verg. overigens over de voorgestelde en door mij gevolgde uitdrukkingen BONNIER t. a. p. n°. 839.

Is het dan niet moeilijk om te zeggen, wat een onwederlegbaar wettelijk vermoeden is, moeielijker is het uit te maken welke tot deze exceptioneele categorie behooren. De fransche wetgever, die met art. 1352 § 2 daarin zekerheid poogde aan te brengen, is daarin niet gelukkig geslaagd en de onze heeft, door de fransche bepaling eenvoudig over te nemen, het niet beter gemaakt. Het O. 1820 hief in art. 3407 de bezwaren niet op, omdat het zich tot voorbeelden bepaalde en er enkele opnoemde die „inzonderheid tot de volstrekte wettelijke presumties behooren", maar terwijl het de opnoeming van voorbeelden van wettelijke vermoedens in het algemeen, als bij ons in art. 1953 voorkomen, wegliet, is zijne opnoeming van volstrekte vermoedens in 3407, door vermijding van voorbehoud en beperking zóó bepaald, dat omtrent die opgenoemde althans twijfel nauwlijks mogelijk is.

De wetgever brengt in de eerste plaats tot de onwederlegbare vermoedens de zoodanige, „op grond van welke de wet bepaalde handelingen nietig verklaart". Met terugslag op art. 1953 n°. 1 moeten daaronder wel worden verstaan handelingen welke de wet

nietig verklaart, omdat zij in haar oog alleen als zoodanig en als uit zich zelve de gevolgtrekking rechtvaardigen en dus het vermoeden wettigen, dat zij gepleegd zijn om eene wetsbepaling te ontduiken. Zie bl. 144 hierboven. Het zijn de handelingen of beschikkingen bedoeld in art. 958, 239 en 1718 B. W. waarvan wij hierboven bl. 146 gesproken hebben. — Moeielijker is het met zekerheid te bepalen welke gevallen bedoeld worden met die waarin op grond van een wettelijk vermoeden „de rechtsingang wordt geweigerd", of gelijk de fransche wetgever het op het gebied van het burgerlijk recht meer verstaanbaar uitdrukt „les cas dans lesquels la loi dénie l'action en justice". De onbepaaldheid van die uitdrukking heeft waarschijnlijk den ontwerper van 1820 er toe gebracht om er in art. 3407 geen melding van te maken. Ook misschien de omstandigheid, dat het niet noodig kon geacht worden daarvan te spreken, omdat in de gevallen, welke hier bedoeld kunnen zijn, de uitsluiting van het tegenbewijs duidelijk genoeg uit de daaromtrent gemaakte bepalingen bleek. Want tot dit resultaat moet men wel komen, wanneer men nagaat, wat de fransche wetgever of de ontwerpers zijner bepalingen onder deze uitdrukking verstonden. Het is toch, al keuren wij de uitdrukking af, of al komt zij ons op zich zelf min juridiek of min duidelijk voor, in de eerste plaats de vraag, wat zij in den mond van den franschen wetgever beteekent.

Nu geeft reeds de wijze waarop Pothier over de wettelijke vermoedens spreekt aanleiding tot het denkbeeld dat wij hier aan zoodanige gevallen hebben te denken, waarin op grond van een vermoeden de rechtsvordering vervalt, als hij n°. 840 als de voornaamste „présomption iuris et de iure" noemt „celle qui naît de l'autorité de la chose jugée". Maar nog duidelijker wordt dit door de toelichting van Jaubert, wanneer hij als voorbeeld aanvoert de vrijwillige teruggave van het oorspronkelijk onderhandsch schuldbewijs. „La loi ayant dit que la remise volontaire faisait preuve de la libération d'où il suit que l'obligation est éteinte, et conséquemment que l'action en justice doit être déniée à l'ancien propriétaire, ne peut être admis à prouver que la remise volontaire du titre n'a pas opéré sa libération". En dan hebben de fransche schrijvers hier eenstemmig nog de verjaring bij de hand. Al hebben wij nu niet in al deze gevallen met wezenlijke vermoedens te doen, het is van be-

lang ons op het standpunt te stellen van den wetgever en alleen langs dezen weg kunnen wij te weten komen wat hij met zijne uitdrukking: „l'action est deniée en justice" bedoeld heeft, al vloeit daar ook uit voort dat hij allerminst dit geval behoefde aan te halen als voorbeeld. Immers kon men al bij de artikelen zelve, waarin handelingen nietig worden verklaard op vermoeden van ontduiking, aan de al of niet wederlegbaarheid van het vermoeden twijfelen, noch de bepalingen omtrent het gewijsde, noch die omtrent de verjaring laten voor tegenbewijs plaats, behalve in de gevallen, waarin de wetgever in deze laatste een vermoeden van betaling ziet (art. 2010 B. W.). Voorts is de bepaling omtrent de bevrijding van schuld ten gevolge van de teruggave van het oorspronkelijk schuldbewijs met opzicht tot de onwederlegbaarheid van het vermoeden duidelijk genoeg. Art. 1352 § 2 C. C. (art. (art. 1958 § 2 B. W.) bevestigt alleen de juistheid van die opvatting van art. 1282, indien men weet dat de wetgever het geval van die bevrijding ook bedoelt wanneer hij spreekt van gevallen waarin de wet den rechtsingang weigert. GARSONNET merkt ten aanzien van de woorden „dénie l'action en justice" op: „cette expression est inexacte; l'action en justice n'est jamais déniée à quiconque a un droit, seulement elle peut être écartée par une exception peremtoire", § 271 nt. 13, en in den tekst zegt hij in de plaats van de woorden der wet: „la loi repousse l'action par une exception peremtoire". Onjuist is dat niet, maar veel verder komt men daarmee niet. Ik blijf bij de meest voor de hand liggende beteekenis, waar de onnauwkeurigheid der uitdrukking hare strikt letterlijke opvatting verbiedt en breng er toe de gevallen waarin op grond van een vermoeden de rechtsvordering vervalt in den zin van JAUBERT. Tot de opvatting van DIEPHUIS, III, 230, als zij iets anders beteekenen moet, vind ik nergens eenige aanleiding. De beteekenis, welke ik aan de woorden gaf in Dl. II, bl. 283 is in verband met het gewijsde m. i. volkomen juist, maar zij is te beperkt, omdat art. 1958 niet kan geacht worden op dit voorbeeld van een wettelijk vermoeden alleen het oog gehad te hebben. Had het Ontwerp van 1820 geen gelijk dat het naar deze groep niet verwees?

Toch wordt ook, naar het schijnt, het tegenbewijs in de aangehaalde gevallen niet volstrekt uitgesloten. Want de wet maakt tweeërlei voorbehoud. Vooreerst: „tenzij de wet zelve het tegen-

bewijs mocht hebben vrijgelaten". Dat spreekt echter wel van zelf en behoefde niet gezegd. Doch dergelijk overbodig voorbehoud komt meer voor en het verklaart zich hier, als men zich voorstelt dat 's wetgevers gedachtengang geacht moet worden deze geweest te zijn: Vermoedens laten uit haren aard tegenbewijs toe. De wetgever behoeft dit alzoo niet voor te behouden. Iets anders is het bij de hier genoemde groepen van vermoedens welke tegenbewijs uitsluiten; bij deze moet de wetgever het dus uitdrukkelijk zeggen, als hij het toegelaten wil hebben. „On ne doit excepter que le cas où la loi n'ayant pas cru la présomption assez forte pour prononcer d'une manière absolue la nullité de l'acte ou la dénégation de l'action, a réservé la preuve contraire". BIGOT PRÉAMENEU bij LOCRÉ XII, p. 411 n°. 217. Intusschen wordt dan ook de gegronde verwachting opgewekt dat er dergelijke toelating van tegenbewijs tegen vermoedens, op grond van ontduiking der wet of weigering van rechtsingang aangenomen, voorkomen. Doch van de eerste categorie weet niemand een voorbeeld aan te halen, behalve DEMOLOMBE n°. 271 die het meent gevonden te hebben in art. 1325 C. C. Zoo heel duidelijk is dat nog niet, maar voor ons zonder belang omdat wij dat artikel niet hebben overgenomen. En voor de tweede categorie beroept men zich op de korte verjaringen die met eedsopdracht bestreden kunnen worden art. 2010 (art. 2275 C. C.), en op art. 1283 C. C. wat wij niet overnamen. Ik geloof dat ook in verband met de toelichting dit beroep volkomen juist is. Maar, ik vraag het met vertrouwen, zoude men ook voor die gevallen (art. 1283 C. C. incluis) eene verwijzing, als in art. 1958 voorkomt, naar gevallen waarin de wet rechtsingang weigert wel noodig hebben? — BONNIER II n°. 845 meent dat de wetgever moet geacht worden, met dat voorbehoud „tenzij de wet zelve het tegenbewijs mocht hebben toegelaten", op later te maken bepalingen het oog te hebben gehad, bepaaldelijk ten aanzien van de nietigheid wegens vermoeden van ontduiking. Dergelijk voorbehoud ware zeker ten eenemale misplaatst. Wij kunnen evenwel opmerken, dat onze wetgever zich bij eene latere wet toelating van tegenbewijs tegenover eene nietigheid wegens vermoedelijke ontduiking van de wet heeft veroorloofd. Zie artt. 43 en 45 der faillissementswet.

Eindelijk maakt de wetgever nog een tweede voorbehoud in de slotwoorden van het artikel: „onverminderd hetgeen omtrent den gerechtelijken eed en de gerechtelijke bekentenis vastgesteld is".

Een nog grooter kruis voor de uitleggers dan de straks besproken woorden! Velen, waaronder DURANTON en LAROMBIÈRE, aangehaald bij DEMOLOMBE XXX n°. 276, kwamen tot het resultaat dat die woorden voor niet geschreven moeten worden gehouden. Anderen trachten ze te verklaren en voor toepassing vatbaar te maken, zooals bij de Franschen DEMOLOMBE n°. 277, MARCADÉ op art. 1352 en BONNIER II n°. 846 en bij ons DIEPHUIS III, bl. 231 vv. Die woorden moeten dan beteekenen, dat de uitsluiting van tegenbewijs niet verhindert dat zoodanig onwederlegbaar vermoeden wijkt voor de bekentenis en den eed maar ook uitsluitend voor deze bewijsmiddelen. Men vindt dan in de woorden van art. 1356 C. C. art. 1962 B. W. „de bekentenis levert een volledig bewijs op tegen hem die dezelve heeft afgelegd" en van art. 1358 C. C. art. 1967 B. W. „de eed kan worden opgedragen omtrent alle geschillen van welken aard ook" de bevestiging van deze nieuwe beperking. Men weet de redenen aan te geven waarom de wetgever deze beperking met recht kon maken; men erkent daarbij toch onderscheid te moeten maken tusschen vermoedens die op de openbare orde berusten, tegen welke bekentenis en eed niet opgaan, en beperkt de reserve dan tot de zoodanige welke dat karakter niet hebben, en als gevraagd wordt waar dit kenmerk is te vinden, dewijl de wet daarvan bij geen vermoeden spreekt, dan redt men zich wel met te zeggen, dat het in vele andere gevallen moeilijk is het kenmerk der wetsbepalingen, die op de openbare orde betrekking hebben, aan te wijzen. Het komt mij voor dat men zich daarmede een vrijbrief voor veel willekeur in de toepassing heeft uitgereikt. Zoo gevoelt men dat de bekentenis en de eed noch een gewijsde, noch de dertigjarige verjaring kunnen omverstooten. Dus DEMOLOMBE; „parce que le législateur, en établissant ces présomptions dans un intérêt supérieur d'ordre public, a précisément voulu que la question qu'elles tranchent ne fût pas même agitée!" Maar hoe maakt men het dan met den afstand van de vervulde verjaring? Den eed durft men klaarblijkelijk niet aan, maar is die afstand met eene bekentenis niet vrijwel op ééne lijn te plaatsen? Bij het vermoeden van bevrijding gegrond op de teruggave van een onderhandsch schuldbewijs ziet men niet het minste bezwaar in de toelating van bekentenis en eed tegen het wettelijk vermoeden. Maar ik vraag: is daarbij te denken aan eene erkentenis van dengene die zich op 't vermoeden beroept, dat de schuldeischer, niettegenstaande hij het

schuldbewijs vrijwillig teruggaf, niet heeft willen bevrijden? Welk denkbeeld moet men zich maken van de judicieele houding van dien schuldenaar?. Welk denkbeeld heeft men dan van het voorwerp eener bekentenis? En hoe zal de schuldeischer, als hem eedsopdracht vrijstaat, den eed formuleeren om tot onderwerp daarvan te maken eene handeling persoonlijk verricht door hem van wien de eed wordt verlangd? Immers, gelijk Diephuis beweert, „de wet wil zijne overigens onwederlegbare vermoedens niet volhouden, waar de partij in wier voordeel ze zouden werken, zelve erkent, dat zij in het gegeven geval falen, of weigert het tegendeel met eede te bevestigen". Bij de toepassing op het wettelijk vermoeden van artt. 958, 239, 1718, geraken de voorstanders in verschil over de vraag of de eed alleen aan den schenker of ook aan de erfgenamen van den schenker of den erflater kan worden opgedragen. Het laatste heet consequent, maar veroordeelt het verdedigde gevoelen op volstrekte wijze. Immers wat zullen die erfgenamen zweeren omtrent de door den erflater of schenker begane ontduiking der wet? En de schenker zelf, van wien men dan moet onderstellen dat hij zich op de nietigheid der schenking beroept, zal men hem den eed opdragen dat hij den begiftigde zelven en niet als tusschenpersoon heeft willen begiftigen? Zeker ontbreekt het hier niet aan een persoonlijk feit, maar is het te denken, dat de wetgever de handhaving zijner bepalingen tegen ontduiking aan hem die vermoed wordt ontdoken te hebben, wil hebben overgelaten? als gold het hier uitsluitend een bijzonder belang? kan handhaving der wet tegen ontduiking ooit een bijzonder belang heeten? Moeilijk zal men kunnen aannemen dat de schenker, zich op de nietigheid der schenking op grond van art. 1718 j°. 958 beroepende, daartegenover erkennen zou dat hij den onmiddellijk begiftigde werkelijk heeft willen bevoordeelen, maar nog vreemder zal het zijn, dat wanneer hij zich op de nietigheid beroept, waartoe de wet hem de bevoegdheid geeft, hem den eed werd opgedragen tot vernietiging van de kracht van dat wettelijk beroep. Want dit geschiedt, wanneer men uit zijne weigering om den eed af te leggen, dat hij de bepaling wilde ontduiken, gaat besluiten, dat hij dit niet wilde om hem op die wijze het in zijn voordeel gesteld wettelijk vermoeden in zijn nadeel te doen vernietigen. Metderdaad wordt langs dien weg de kracht van het wettelijk vermoeden van eene bevestiging met den eed afhankelijk gesteld. Er is dunkt mij eene gereede aanleiding voor de bepaling

van art. 1958 B. W., 1352 § 2 C. C. te vinden. DIEPHUIS is van oordeel, bl. 232, dat de toelating van bekentenis en eed als tegenbewijs tegen alle wettelijke vermoedens nog duidelijker blijkt uit het ontwerp van den Code, hetwelk omtrent dit tegenbewijs alleen deze bepaling bevatte: „Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, sauf ce qui sera dit sur l'affirmation, (le serment) et la confession judiciaire". M. i. komt daarin nog duidelijker uit dat men eenvoudig POTHIER'S leer omtrent de verhouding van bekentenis en eed tot de presumtiën kort samenvatte. In n⁰. 841, bij zijne behandeling van de présomptions iuris et de iure, zegt hij dat deze, dewijl zij geen tegenbewijs toelaten „ont quelque chose de plus que la confession" en hij verklaart dit nader door te zeggen: „Nous avons vu en la section précédente (zie n⁰. 833) que la preuve qui en résulte peut être détruite par la preuve que peut faire celui qui l'a faite, que c'est une erreur qui y a donné lieu. Au contraire, les présomptions iuris et de iure ne peuvent être détruites et la partie contre qui elles militent n'est pas admise à prouver le contraire comme nous le verrons dans les sections suivantes". Voorts besluit POTHIER zijne korte en zeer onvolledige behandeling van de „présomptions iuris et de iure" met te zeggen: „La présomption qui nait du serment décisoire est aussi une espèce de présomption iuris et de iure dont nous traiterons en la quatrième section". Al mag nu de samenvatting van deze beschouwing in het aangehaalde artikel van het ontwerp van den Code niet op nauwkeurigheid roemen, omdat POTHIER de bekentenis wel met opzicht tot hare bewijskracht met de vermoedens in verband brengt doch haar niet tot deze brengt, geeft dat artikel toch in zooverre POTHIER terug, als hij absoluut zegt, dat geen bewijs tegen een wettelijk vermoeden iuris et de iure openstaat en voorts dat ook hij daarmede in verband brengt de bekentenis die tegenbewijs toelaat en den eed waarover hij nader in 't bijzonder wil spreken. Beide verwijzingen, die naar de bekentenis en die naar den eed, hebben betrekking tot de bewijskracht der vermoedens. POTHIER dacht er in de verste verte niet aan om bekentenis en eed als bewijsmiddelen tegen vermoedens iuris et de iure toe te laten. Hij bracht ze er alleen mee in verband door naar de plaats, waar over beide gehandeld werd of zou worden, te verwijzen. Die verwijzing, niets meer en niets minder, nam de fransche wetgever op en bleef ze behouden in het artikel, ook toen hij

daarin de uitsluiting van bewijs tegen wettelijke vermoedens in bepaalde gevallen nader aanwees. De wetgever regelt alzoo in art. 1352 C. C. (art. 1958 B. W.) de bewijskracht der wettelijke vermoedens in het algemeen maar die bepaling betreft niet de bijzondere wettelijke vermoedens, als bekentenis en eed bekend. De bewijskracht van deze laatste wordt in de bijzondere titels, waarin zij in 't geheel geregeld worden, aangewezen. En als men dan vraagt, welke beteekenis de aangehaalde woorden voor de toepassing der wet hebben, dan antwoordt LAROMBIÈRE op art. 1352 n°. 11 kort maar juist: „Les mots qui terminent l'article ne veulent absolument rien dire". De aanneming voor hunne opneming is te verklaren; een wettelijke grond rechtvaardigt die niet. De italiaansche wetgever heeft ze dan ook niet uit het sardinische wetboek dat ze had overgenomen, behouden (art. 1353 Cod. Civ.). Het resultaat van ons onderzoek omtrent de waarde van de slotwoorden van art. 1958 kan tot bevestiging strekken van de juistheid van het besluit, waartoe ik vroeger ten aanzien van art. 1953 n°. 4 ben gekomen (zie bl. 158), dat dit nl. op soortgelijke wijze uit POTHIER is voortgekomen, terwijl de eene bepaling kennelijk op de andere terugslaat. In denzelfden gedachtengang, welke de wetgever er toe leidde om de bekentenis en den eed onder de wettelijke vermoedens te rangschikken, vindt hij in 1958, waar hij de bewijskracht der wettelijke vermoedens regelt, aanleiding om, ten aanzien van de bewijskracht van de bekentenis en dén eed, naar de afzonderlijke behandeling daarvan te verwijzen.

Mocht nu ook de door mij bestreden uitlegging van art. 1958 de voorkeur verdienen, daarom zou toch de benaming van onwederlegbare wettelijke vermoedens niet behoeven te vervallen. Het woord heeft dan als de meeste dergelijke qualificatiën eene betrekkelijke beteekenis. In verhouding tot de wederlegbare, waartegen geen der andere bewijsmiddelen is uitgesloten, kan die categorie, welke alleen voor bekentenis en eed zou moeten zwichten, zeer goed onwederlegbaar heeten. Zoo zegt ook DIEPHUIS, die de bekentenis en eed tegen de door hem als volstrekt bestempelde vermoedens toelaat, dat dit niet wegneemt dat die vermoedens tot de strenge behooren.

Uit art. 1958 § 2 volgt, dat in de daar in den aanhef aangewezen gevallen tegenbewijs is uitgesloten ook zonder dat de wetgever het met zoovele woorden zegt. Zoo wordt die uitsluiting noch

in de artt. 239, 958 B. W., noch zelfs in art. 1475 met zoovele woorden vermeld. Maar zal men ook in andere gevallen, die niet tot de in art. 1958 vermelde behooren, het tegenbewijs mogen uitsluiten zonder dat de wet het uitdrukkelijk bepaalt? Indien men alleen door een arg. a contrario uit art. 1958 tot dit besluit kon komen, bleef het twijfelachtig. Maar nu het als vaststaande mag worden aangenomen dat een vermoeden uit zijn aard tegenbewijs toelaat (zie blz. 171), is het anders. Het tegenbewijs wordt voor gevallen die niet onder art. 1958 kunnen gebracht worden eerst uitgesloten, wanneer de wet dit bepaalt. Daartoe behoeft de wetgever evenwel niet die uitsluiting in formeele termen te bepalen, de woorden die hij bezigt kunnen er ook implicite toe leiden. Zoo valt bijv. aan de uitsluiting van tegenbewijs in art. 1475 niet te twijfelen, de daaruit voortvloeiende uitsluiting van tegenbewijs vindt in de woorden van art. 1958: „den rechtsingang weigert" alleen hare bevestiging. Wat moet dan ons oordeel zijn over het vermoeden van verzoening in art. 271 § 2 B. W. uitgesproken? Onze uitleggers DE PINTO, VAN HALL, OPZOOMER, DIEPHUIS waren allen eenstemmig om hier een onwederlegboar vermoeden aan te nemen en dus tegenbewijs uitgesloten te achten, totdat DIEPHUIS in zijn Systeem IV, bl. 516, waar hij in de noot zijne vroegere medestanders aanhaalt, afvallig werd, wat ASSER en v. HEUSDE I, bl. 281 1e ed. eenigszins twijfelen doet. „Tegenbewijs schijnt hier niet te mogen worden geleverd; nogthans is dit punt eenigszins betwist", waarbij zij dan verwijzen naar DIEPHUIS Systeem t. a. p. DE PINTO geeft geen reden voor zijn gevoelen; OPZOOMER beroept zich eenvoudig op de toelichting der Regeering die van „een onmiskenbaar bewijs" van verzoening sprak, doch zijne kritiek op hetgeen de Regeering verder zeide verzwakt de kracht van dit argument dat op zich zelf toch al niet afdoende is. DIEPHUIS, N. B. R. II n°. 89, haalt ook de uitdrukking der Regeering aan en scheen toen in art. 1958 § 2 alleen eene bevestiging van de onwederlegbaarheid van het vermoeden van art. 271 § 2 te vinden. VAN HALL beroept zich uitsluitend op art. 1958 § 2. En met recht. Want, indien volgens art. 271 § 1 het recht om echtscheiding te vorderen vervalt door verzoening, dan vervalt het volgens § 2 waar de wet die verzoening onderstelt en hebben wij dus blijkbaar te doen met een geval waarin de wet op grond van een vermoeden den rechtsingang weigert, „dénie l'action en justice".

Men mag toch niet, wanneer de wet in art. 271 nog wel uitdrukkelijk zegt, dat het recht van vorderen vervalt, ook indien de verzoening plaats heeft nadat de eisch tot echtscheiding gedaan is, om eene letterknechterij de toepasselijkheid van art. 1958 uitsluiten, dewijl hier letterlijk niet de r e c h t s I N g a n g maar de r e c h t s V O O R T g a n g geweigerd wordt. De toelichting van de Regeering, op zich zelve niet afdoende, versterkt de toepasselijkheid van art. 1958 § 2 in dezen. Het is er verre af, als zoude DIEPHUIS art. 1958 § 2 nu niet toepasselijk achten op grond van de door mij veroordeelde letterknechterij. Hij zegt eenvoudig dat hier geen rechtsingang wordt geweigerd, en dit staat in verband met de beteekenis, welke hij aan die woorden geeft Dl. III blz. 230 v. waarmede ik mij niet vereenigen kan. Zie blz. 174. LAND, I bl. 237, acht tegenbewijs toegelaten.

In de gevallen, waarin tegenbewijs is toegelaten, staan daarvoor alle bewijsmiddelen ten dienste in verband met het feit dat te bewijzen valt. Het tegenbewijs kan ook tot enkele middelen beperkt zijn, zooals bijv. alleen de eed kan gevorderd worden, behoudens hetgeen later bij het verhoor op feiten zal worden opgemerkt, om het vermoeden van betaling, dat de wetgever bij de kortere verjaringen aanneemt, te niet te doen, in zoover n.l. als dit vervalt wanneer de eed geweigerd wordt. Men zou dit geval evenwel ook tot de zoodanige kunnen brengen, en zoo komen er in de wet meer voor, waarin de wetgever de bewijskracht van een door hem aangenomen vermoeden nader regelt. Zoo wanneer art. 13 K. bepaalt dat hij die weigert te voldoen aan het rechterlijk bevel tot openlegging der boeken, hetzij ambtshalve gegeven of op verzoek van de wederpartij die zich aan die boeken zou willen gedragen, een vermoeden in zijn nadeel doet ontstaan. Dit vermoeden is voor den rechter voldoende om aan de tegenpartij den eed op te leggen (verg. art. 1978 B. W.) en op grond daarvan in verband met het vermoeden te beslissen, maar daarom heeft het dan ook in zich zelf geen volledige bewijskracht.

Van nog meer bijzonderen aard is de bepaling van art. 270 K. Het vermoeden, dat daar door den wetgever wordt geregeld, zou men tot eene groep van g e m e n g d e kunnen brengen, in zoover als het karakter van een w e t t e l i j k en r e c h t e r l i j k vermoeden beide hier vereenigd wordt aangetroffen. De vraag is, heeft de verzekerde op het oogenblik van het sluiten der verzekering van

het aanwezen der schade kennis gedragen? Die kennis wordt vermoed bij hem te hebben bestaan, indien hij van het aanwezen der schade heeft kunnen kennis dragen en dit kunnen zal de rechter met inachtneming der omstandigheden moeten opmaken uit den tijd die er tusschen het bestaan der schade en het sluiten der verzekering is verloopen. Het bekende feit hetwelk tot grondslag wordt gelegd van het onbekende moet dus wederom uit vermoedens blijken, waarvoor de wetgever alleen de gegevens voor den rechter stelt. Zie verder de toepassing van deze bepaling in art. 597 K. en het wegvallen van het aan het „kunnen kennis dragen" ontleende vermoeden bij verzekering op goede of kwade tijding in art. 598. Opmerking verdient, hoe de wetgever in deze artt. bewijzen stelt tegenover vermoeden. Al brengt hij de vermoedens tot de bewijsmiddelen, hun eigenaardig karakter van indirect bewijs te leveren en daardoor meer dan de andere tot waarschijnlijkheid van de daardoor bewezen feiten te leiden, geeft de wetgever onwillekeurig in deze bepalingen terug.

Rechterlijke vermoedens.

Wanneer de rechter de waarheid van onbekende feiten bij gevolgtrekkingen uit bekende feiten afleidt, en op zoodanig vermoeden recht doet, dan behoort hij in zijn oordeel voorzichtig te zijn. Natuurlijk moeten de bekende feiten, waaruit hij zijn vermoeden put, bewezen zijn. Zij zijn dan van zelf nauwkeurig bepaald, wat voor de gegrondheid van het daaruit af te leiden vermoeden een eerste vereischte is. Zij moeten verder in dien zin met elkander in overeenstemming zijn dat alle tot dezelfde gevolgtrekking leiden; zij moeten eindelijk gewichtig zijn, zoodat hun bestaan wel niet anders dan de waarheid van het betwiste feit kan doen aannemen.

De rechter mag op niet in de wet zelve gegronde vermoedens alleen recht doen in de gevallen waarin het getuigenbewijs niet is uitgesloten en ook bijaldien uit hoofde van kwade trouw of bedrog tegen eene handeling wordt opgekomen. Art. 1959 B.W.

Waar de wetgever een vermoeden aanneemt, heeft de rechter alleen naar de waarheid van de feiten waaruit de wetgever het afleidt onderzoek te doen. Als deze vaststaan, staat voor den rechter het vermoeden vast. Hij is aan 's wetgevers gevolgtrekking gebonden tenzij, waar tegenbewijs niet werd uitgesloten, de onjuistheid der

gevolgtrekking in een voorhanden geval bewezen werd. Bij de rechterlijke vermoedens, welke de wetgever den rechter toestaat zelf te maken, moeten zoodanige feiten en omstandigheden voor den rechter bewezen zijn, waaruit hij naar zijn eigen oordeel een vermoeden omtrent een onbekend feit kan afleiden. De gevolgtrekking, die bij de wettelijke vermoedens voor den rechter gemaakt is door de wet, moet hij nu zelf maken. Is het bewijsmiddel daardoor in zich zelf minder betrouwbaar omdat hier zooveel van subjectieve opvatting, van angstvalligheid en lichtgeloovigheid, luchthartigheid en zwaarmoedigheid afhankelijk is, voor de rechtzoekenden wordt de zekerheid om op dit bewijsmiddel te rekenen daardoor ook verminderd. Vandaar de beperking van de gevallen waarin de rechterlijke vermoedens door den wetgever worden toegelaten en de eischen die hij stelt voor hunne waardeering.

De nadere bepalingen omtrent beide deze punten worden verklaard door hetgeen de wetgever bij het voor hem evenmin betrouwbaar getuigenbewijs regelde. Gelijk hij daarvan de toepasselijkheid beperkte, even zoo hier. Hij heeft gemeend zich aan het daaromtrent bij 't getuigenbewijs bepaalde te kunnen gedragen. De uitsluiting van het getuigenbewijs gaf daartoe eerder grond omdat, gelijk de redactie der artt. van den Code daarop zoo duidelijk wijst, de wetgever in die gevallen de handelingen der partijen in geschrift geconstateerd wil hebben. JAUBERT bij LOCRÉ XVI bl. 534. Zoo wordt het bewijs door rechterlijke vermoedens uitgesloten waar het getuigenbewijs wegens het bedrag of tegen den inhoud eener akte uitgesloten zou zijn. Zoo wordt het weder toegelaten in handelszaken waar deze getuigenbewijs toelaten, voorts wanneer er begin van bewijs bij geschrifte is of in gevallen als in art. 1940 B. W. vermeld. Dat nog opzettelijk van de toelating van rechterlijke vermoedens tot bewijs van kwade trouw en bedrog wordt gesproken, wat op zich zelf niet noodig was, verklaart zich uit de bepaling van art. 1353 C. C. waar het onderstelde geval „que l'acte soit attaqué pour cause de fraude ou de dol" het noodig kon doen achten de dwaling te voorkomen dat de toelating van vermoedens in strijd zou kunnen zijn met art. 1341 C. C. (art. 1934 B. W.) nu zij niet mogen worden toegelaten waar getuigenbewijs is uitgesloten.

Wat de eischen betreft, welke de wetgever den rechter stelt bij de waardeering dezer vermoedens, ik geloof er niet aan te

moeten hechten dat de wetgever het fransche „précises" heeft overgebracht door „nauwkeurig, bepaald" en er zoodoende twee vereischten van maakte. Uit den hollandschen en franschen tekst van W. 1830 art. 1965 blijkt dat men er geen verschil in zag. De juiste vertaling is zeker nauwkeurig bepaald, maar in de toepassing zie ik geen enkel verschil. Daarom liet ik in den tekst de , weg. Voor het recht verstand van de bepaling verder naar den tekst hierboven verwijzende, slechts twee opmerkingen. 1°. Uit de door de wet gevorderde overeenstemming meen ik met DIEPHUIS III bl. 217 te moeten afleiden dat er meer dan een feit of omstandigheid moet zijn waaruit het vermoeden afgeleid wordt. Ik vrees mij in mijn oordeel over dit punt te laten verleiden door de wenschelijkheid dat meerdere vrijheid aan den rechter gelaten worde. Want dit is niet in overeenstemming met 's wetgevers stelsel en zeker niet met hetgeen hij in art. 1942 en 1945 bij de regeling van het getuigenbewijs bepaalde. Opmerkelijk vind ik het daarbij dat POTHIER, n°. 849, hoezeer naast de wettelijke vermoedens zeer enkele gevallen vermeldende waar hij bij uitzondering een rechterlijk vermoeden toelaat, voor de geheele categorie, die hij overigens alleen toelaat „à confirmer et à compléter la preuve qui résulte d'ailleurs", (n°. 848), de volledige bewijskracht afhankelijk stelt van de vereeniging van meer overeenstemmende vermoedens. „Quelquefois le concours de plusieurs de ces présomptions réunies ensemble, équipolle à une preuve". Of die waarschuwing art. 1353 C. C. en daarmede ook ons art. 1959 in de pen heeft gegeven, schijnt mij weinig twijfelachtig. — Dat het overigens volstrekt niet vreemd is den samenloop van meerdere vermoedens of liever van meerdere aanwijzingen te vorderen om een vermoeden als bewijs aan te nemen moge blijken uit hetgeen UNGER schrijft in Oesterr. Privatr. II § 130. Na opgemerkt te hebben: „Eine Partie, welche in Ansehung einer von ihr zu beweisenden Behauptung nur eine Vermuthung hervorzurufen vermag, hat hiermit ihrer Beweisverbindlichkeit nicht Genüge gethan, da die fragliche Behauptung hierdurch nur in den Kreis natürlicher Wahrscheinlichkeit, nicht in die Sphäre der erforderlichen juristischen Gewissheit erhoben ist", teekent hij daarbij aan in de 6e noot: „Eine andere Frage ist es, ob mehrere zusammentreffende unzweideutige Indicien einen selbständigen Beweis, den s. g. Indicienbeweis, zu bilden im Stande seien".

Ik deel overigens niet het argument door DIEPHUIS, bl. 128, bij het betoog van dit gevoelen afgeleid uit de omstandigheid „dat wel in art. 1958 van een wettelijk vermoeden maar in art. 1952 't welk beide soorten omvat en bepaaldelijk in art. 1959 dat van de hier bedoelde handelt, telkens van vermoedENS sprake is". Mij dunkt dat het meervoud van het opschrift van den titel en van art. 1952 voldoende verklaard wordt door de beide soorten van vermoedens welke de wetgever aanneemt en regelt. In art. 1959 is dat meervoud een gevolg van de overeenstemming die de wetgever vordert. Maar bovendien wordt hier, gelijk ik reeds vroeger (zie bl. 136) opmerkte, in dit art. 1959, van vermoedens gesproken voor de feiten of omstandigheden die tot een vermoeden aanleiding geven, waaruit het wordt afgeleid; het vermoeden zelf is altijd ééne gevolgtrekking, één oordeel dat uit een of meerdere feiten of omstandigheden wordt opgemaakt.

De meening dat er meer vermoedens volgens art. 1959 moeten samenloopen of, om het nauwkeuriger te zeggen, dat meer feiten of omstandigheden tot een behoorlijk gerechtvaardigd rechterlijk vermoeden grond moeten geven is door vele fransche rechtsgeleerden, ook door BONNIER II, n°. 817 en LAURENT XIX, n°. 636, bestreden. Men vergete niet dat de uitsluiting van één getuige in den Code niet voorkomt en dat de ontstentenis van deze bepaling door de bestrijders als een gewichtige grond voor hun gevoelen wordt aangehaald.

Bij ons volgde de Hooge Raad de leer van deze bestrijders bij een arrest van 20 Juni 1862 W. v. h. R. n°. 2389, waarmede zich vereenigt VAN BELL bl. 110, doch de redeneering van den Hoogen Raad geeft m. i. meer den indruk van het streven om dat art. 1959 overeen te brengen met eene vrijere werkzaamheid des rechters. Noch aan het systeen der wet en het verband met de bepalingen omtrent het getuigenverhoor wordt eenig gewicht toegekend en de toelichting van de Regeering bij VOORDUIN V, bl. 540, niet geteld.

Een rechterlijk vermoeden staat overigens in de daaraan toe te kennen bewijskracht met het wettelijke en met de andere bewijsmiddelen in dit opzicht gelijk, dat het volledig bewijs kan opleveren. Liet het twijfel over of de gevoerde bewering wel volkomen bewezen was, als bij andere middelen kan de aanvullingseed

in toepassing komen. Doch de waardeering van het gewicht blijft in ieder bijzonder geval aan het oordeel des rechters. De verwantschap van de beperking der vermoedens met die van het bewijs door getuigen behoeft niet te beletten dat getuigenissen, zoogenaamd de auditu als vermoedens in aanmerking komen. Zij kunnen zelfs als zij op mededeeling van overleden getuigen berusten uitnemend te pas komen. Zie de hierboven op blz. 31 aangehaalde concl. van den Adv. Gen. GREGORY. Of de H. Raad het met het O. M. in zijn daarop gewezen arrest W. v. h. R. n°. 1634 eens is geweest dat de beweerde getuigenissen de auditu als vermoedens dienst konden doen, is uit het arrest niet met zekerheid op te maken. Verg. het verdienstelijke proefschrift van I. R. VOÛTE verd. te Amsterdam 1894, Over art. 1944 B. W. en het indirect getuigenbewijs. W. n°. 6544.

AFDEELING VII.

BEKENTENIS *).

§ 133. ALGEMEENE OPMERKINGEN.

De wetgever behandelt, in verband met de bepaling van art. 1903 B. W., waar hij de bekentenis onder de bewijsmiddelen opnoemt, dit middel in den vijfden titel van het IVe Boek. Dat hij daaraan terecht het karakter van bewijsmiddel toekende en dat het karakter van bewijsmiddel daaraan ten onrechte wordt ontzegd, heeft OPZOOMER in zijne aanteekening op art. 1960 vooral tegen VON SAVIGNY aangetoond. DIEPHUIS, III, bl. 97, sluit zich geheel bij dit betoog aan. Ik heb geen reden daarop nader terug te komen. Al kon de bekentenis, ofschoon dan bewijsmiddel, ook nog wel het karakter van eene andere rechtshandeling of rechtsinstelling hebben, welke dan kon gezegd worden het bewijsmiddel te doen ontstaan of tot dat onstaan mede te werken, is dat evenwel het geval niet. DIEPHUIS wijst er terecht op, dat er bij ons geen sprake van kan zijn, om de bekentenis als surrogaat van een vonnis te beschouwen en dat er evenmin een schuldvernieuwing in ligt. Dat er geen opheffing van een recht noch opheffing van een daaromtrent bestaand geschil in zou liggen en zij althans niet eene beschikking over een recht of een deswege gevoerd

*) G. B. HENNY. De bekentenis volgens de Nederl. wetgeving, Acad. Proefschrift, verd. te Leiden, Zutfen 1857. Andere proefschriften en verhandelingen bepalen zich tot de gerechtelijke bekentenis of andere bijzondere punten. Ik zal de gelegenheid hebben daarnaar in den loop van mijne behandeling van het onderwerp te verwijzen.

geding zou onderstellen, is eene andere vraag. Ware dit aan te nemen, het zou toch niet beletten, dat zij bleef „een middel dat tot eene bepaalde beslissing van een geschil en over een recht kan leiden". Wil men de gerechtelijke bekentenis noemen „eene rechtshandeling waarvan de inhoud is dat hij die haar aflegt ten behoeve zijns wederpartijders, afstand doet van zijn recht van bewijs der in lite zijnde feiten", (LEVY—OPZOOMER. bl. 60 n[t]. 2), dus een afstand van recht op bewijs, dan wordt daartegen door OPZOOMER t. a. p. terecht opgemerkt, dat eene „Verzichtleistung" het geschil vernietigt maar niet beslist, tot welk laatste de bekentenis een middel is. Maar ik zie daarin ook een verwarring van den inhoud der handeling met haar gevolg, in zoover als de tegenpartij niet van bewijs maar van bewijsvoering wordt ontheven, terwijl haar door de andere partij het bewijsmiddel wordt verschaft. POTHIER n°. 831 zegt ook, — doch niet dan nadat hij laat voorafgaan: „la confession judiciaire... fait une pleine foi du fait qui est confessé," — „et décharge l'autre d'en faire la preuve". De andere partij heeft dus feitelijk geen last van het bewijzen, maar hij kwijt zich toch van de verplichting hem opgelegd om bewijs te leveren. Hij bewijst wat hij te bewijzen had door zich op de bekentenis van de andere partij te beroepen, wat hierop neerkomt dat hij den rechter op die bekentenis wijst en desnoods daarvan acte vraagt. Er heeft dan, gelijk ik zeide, alleen geen bewijsvoering in de eigenlijke beteekenis van het woord plaats. Doch niet altijd is deze bij de bekentenis uitgesloten. Want de wetgever geeft in het door hem geregelde verhoor op vraagpunten een middel om aan de tegenpartij, die niet uit eigen beweging erkent, eene bekentenis te ontlokken. Dan brengt de partij die te bewijzen heeft, door eene van haar uitgaande handeling, het bewijs te voorschijn en zoo heeft er dan ook bij de bekentenis eene werkelijke bewijsvoering plaats. Al kon derhalve ontstentenis van bewijsvoering een grond zijn om aan de bekentenis het karakter van bewijsmiddel te ontzeggen, wat niet mag toegegeven worden, het zou hier niet eens opgaan. Bovendien vergete men niet, dat die zoogenaamde ontheffing van den bewijslast alleen van de gerechtelijke niet van de buitengerechtelijke bekentenis geldt.

De wetgever, dat is buiten kijf, beschouwt en behandelt de bekentenis als een bewijsmiddel. De grond waarop het bewijs

der waarheid wordt aangenomen bestaat hierin, dat de partij, tegen welke een ander zich op een feit beroept en die er de nadeelige gevolgen van zal ondervinden dat de waarheid van dat feit wordt aangenomen door den rechter, het zelve erkent. Als de waarheid van een feit erkend wordt zelfs door hem die belang had om het tegen te spreken, dan moet het toch tegenover hem wel als waar worden aangenomen. Als hij 't zelf zegt in zijn nadeel! Zegt men: het behoeft niet waar te zijn om toch als waar door den rechter te worden aangenomen, dan is dit juist. Maar dat is een gevolg van 's rechters lijdelijkheid en der partijen vrije beschikking over hunne rechten. Zeker is dit niet de voorheerschende strekking der bekentenis; beschikking over een recht kan er een gevolg van zijn. Het middel waardoor het bewijs geleverd wordt bestaat in de afgelegde verklaring. De wetgever behandelt de bekentenis als een zelfstandig bewijsmiddel. Hij behandelt het in een afzonderlijken titel, op zich zelf, niet bij de vermoedens, waartoe hij de bekentenis in art. 1953 brengt, wanneer hij daar sub 4°. onder de wettelijke vermoedens opnoemt: „de kracht welke de wet aan de bekentenis van een der partijen toekent". Deze bepaling kan evenwel geen anderen grond hebben dan dezen, dat de rechter de waarheid der afgelegde bekentenis niet onderzoekt doch deze aanneemt omdat de wet haar onderstelt. Is die grond echter deugdelijk? Waar is dan het bekende feit op grond waarvan tot het onbekende wordt besloten? Het bekende feit zou dan moeten bestaan in het afleggen der bekentenis. Maar op die wijze kan ieder bewijsmiddel tot een vermoeden gemaakt worden, in dien zin dat ieder bewijsmiddel slechts tot waarschijnlijkheid leidt. Verg. hierboven bl. 135.

Het proefschrift van den heer I. J. L. D'HANGEST D'YVOY, iets over den aard der gerechtelijke bekentenis, Utrecht 1882 heeft de strekking om te betoogen dat de gerechtelijke bekentenis niet is eene wilsverklaring, noch een bewijsmiddel maar eene beperking van de rechtsmacht van den rechter. Zeker is de bewijskracht aan de bekentenis toegekend een gevolg van de beperkte macht des rechters in burgerlijke zaken, een gevolg van wat men zijne lijdelijkheid noemt, maar zelve beperkt zij 's rechters macht niet. Om die beperkte macht is de bekentenis een bewijsmiddel, welks toepassing het verder onderzoek naar de waarheid door den

rechter uitsluit. Het karakter van bewijsmiddel wordt aan de bekentenis ontzegd door den heer P. CONINCK WESTENBERG Acad. proefschr. Iets over de gerechtelijke bekentenis. Leiden 1883, bl. 33—70. De schrijver voert als hoofdgrief tegen de bewijsnatuur aan: „Ieder bewijsmiddel moet dienen om betwiste feiten als waar te doen aannemen. Het feit dat gerechtelijk werd bekend, zal meestal nooit betwist geweest zijn; daarom mag men de gerechtelijke bekentenis geen bewijsmiddel noemen". Ik zou vragen, of het juist niet de gerechtelijke bekentenis is, welke uitmaakt dat het feit niet betwist is en niet meer betwist kan worden omdat het door die bekentenis bewezen is? En wanneer de bekentenis door een verhoor werd uitgelokt of bij gelegenheid van eene verschijning voor den rechter wordt gegeven? Moet dan het „meestal nooit" de stelling redden? — In het laatst uitgekomen mij bekende geschrift over de bekentenis „Gerichtliches Geständniss im Civilprocesse" von Dr. R. POLLAK, Berlin 1893, wordt het karakter van bewijsmiddel aan de gerechtelijke bekentenis toegeschreven. § 7.

Den Code in art. 1354, en POTHIER, aanhef van Chap. III, Sect. I, navolgende, stelt de wetgever op den voorgrond dat de bekentenis is gerechtelijk of buiten rechte afgelegd. Hij had dit niet behoeven te zeggen, want het blijkt duidelijk genoeg uit de volgende bepalingen.

Het onderscheid in de gevallen waarin de gerechtelijke en die waarin de buitengerechtelijke als bewijsmiddel worden toegelaten en de aan de eene en de andere toegekende bewijskracht is groot genoeg om ze hier afzonderlijk te behandelen.

Ik behandel alzoo in de eerste plaats de gerechtelijke bekentenis en wijd daaraan twee titels, waarvan de eerste het middel zelf, de tweede de bewijsvoering tot onderwerp zal hebben, in zoover als het verhoor op vraagpunten in dezen laatsten behandeld wordt. In een derden titel komt dan de buitengerechtelijke bekentenis ter sprake.

TITEL I.

DE GERECHTELIJKE BEKENTENIS ALS BEWIJSMIDDEL.

§ 134. BEGRIP.

De gerechtelijke bekentenis bestaat in het erkennen van de waarheid van een feit waarop de eene partij zich tegen de andere in het tusschen hen gevoerde geding beroept. Arg. art. 1903 B. W. Begrip.

Eene in rechte afgelegde bekentenis bestaat uit haren aard in eene voor den rechter schriftelijk of mondeling afgelegde verklaring omtrent het feit waarop de andere zich tegen haar beroept. Zij had belang bij het ontkennen; doet zij het tegendeel, verklaart zij dat de waarheid van het haar belang benadeelende feit ook door haar wordt aangenomen, dan mag de tegenpartij haar dat feit als bewezen tegenwerpen en de rechter moet de waarheid daarvan aannemen.

Het erkennen van een feit in een geding onderstelt uit zijn aard eene daaromtrent afgelegde verklaring en de bepalingen van den Vden titel van het IVe Boek berusten op die onderstelling. De aard van eene bekentenis brengt dit mede. Maar dit neemt niet weg, dat de wetgever in bepaalde gevallen uit de houding van eene partij, uit het niet afleggen van de een of ander van haar gevorderde verklaring eene erkenning van het betwiste feit kan willen afgeleid hebben en op die wijze eene stilzwijgende bekentenis kan aannemen; of hij dit werkelijk doet, zien wij later. Maar mag, afgezien van die gevallen, eene stilzwijgende bekentenis worden aangenomen? Wanneer de eene partij omtrent de door de andere beweerde feiten het stilzwijgen bewarende, over het rechtspunt alleen gaat strijd voeren, hetwelk alleen dan het rechtspunt in het aanhangig geding zijn kan, als de feiten waaruit het voortvloeit, vaststaan, of als er geen bepaalde of afdoende tegenspraak is gedaan, maar wat maar al te dikwijls voorkomt, tegenspraak in eene onbepaalde ontkenning van de beweringen der andere partij bestaat, als dan in dergelijke gevallen de rechter de vooropgezette feiten als vaststaande beschouwt, kan men dan van eene stilzwijgende bekentenis spreken? Let men op de

praktijk der gerechten, dan zou men die vraag bevestigend moeten beantwoorden. Immers in het eerste geval zal men gewoonlijk in de vonnissen lezen: dat de eischer heeft gesteld en de gedaagde niet heeft betwist en het alzoo tusschen partijen is in confesso. Die gebruikelijke stadhuisterm wijst op eene bekentenis, die dan niet anders dan eene stilzwijgende zou kunnen zijn. Dat evenwel met dat in confesso aan eene bekentenis niet wordt gedacht, kan wel niet duidelijker blijken dan uit de volgende overweging, voorkomende in een arrest van den H. Raad van 18 Febr. 1853 W. 1415: „dat uit het beklaagde vonnis geenszins kan worden afgeleid dat de Rechtbank het stilzwijgen des eischers zou hebben aangemerkt als eene gerechtelijke bekentenis der tegen haar aangevoerde daadzaken; maar wel dat die daadzaken, als in confesso, voor bewezen zijn aangenomen, omdat de eischers dezelve niet hadden tegengesproken". Beter doet men, wil men hier elke gedachte aan eene bekentenis en ook aan eene stilzwijgende vermijden, die vreemde klanken „in confesso" weg te laten en te overwegen dat de feiten niet zijn tegengesproken en alzoo (zonder dat er bewijs van geleverd wordt) als vaststaande kunnen worden aangenomen. Zoo gaf de H. Raad in een arrest van 3 Nov. 1892 W. 6267, waarbij hij dit aannam, voor een geval waarin geen bepaalde of afdoende tegenspraak was gedaan en daarom z. i. de ingestelde vordering terecht was toegewezen, als reden daarvoor op, „dat bewijs eerst te pas komt" (natuurlijk waar geen bekentenis is) „wanneer de rechter die over de feiten oordeelt, aanneemt dat partijen het over de daadzaken niet eens zijn". Immers de beweringen des eischers blijven staan, zoolang de gedaagde die niet door zijne ontkentenis omverwerpt; dan, maar ook eerst dan heeft de eischer ze door bewijs er van te leveren weder op te richten; maar als gedaagde door over de feiten te zwijgen, ze niet ontkent of als zijne tegenspraak van dien aard is, dat zij door hare onbepaaldheid 's eischers bewering niet omverwerpt, door bijv. te verklaren het bedrag van zekere rekening niet schuldig te zijn, doch zich over de onderscheiden daarop voorkomende posten niet te kunnen uitlaten, dan heeft de eischer zijne beweringen niet weder op te richten, hij behoeft het middel daartoe, dat in 't leveren van bewijs bestaat, niet. Van eene bekentenis is dan echter geen zweem aanwezig, de stilzwijgendheid der bekentenis wordt in het laatstbedoelde geval door de tegenspraak, al

was die niet aannemelijk, uitgesloten. Hoe juist dan ook de beslissing van de Rechtbank van Rotterdam 10 April 1880 (Rechtsg. Bijblad 1881 A. bl. 233) in dit geval zij, zij besloot ten onrechte, dat gedaagde moet geacht worden de posten voorkomende in de rekening-courant niet te hebben betwist en dat ze alzoo als bewezen moet worden aangenomen. Waardoor bewezen? Er kan geen ander bewijsmiddel zijn dan bekentenis, welke hier juist ontbreekt. Beter ware gezegd zonder verder bewijs als vaststaande moeten worden beschouwd. Eerst dan zou men gedwongen zijn tot eene stilzwijgende bekentenis zijn toevlucht te nemen, indien het den rechter verboden was eenige feiten tot toewijzing of ontzegging eener vordering als waar aan te nemen, wanneer daarvoor geen bewijs bestond. Maar dit is het geval niet, omdat het leveren van bewijs, als er geen bekentenis is, alleen te pas komt als de tegenpartij dit door hare tegenspraak noodzakelijk maakt. Ook geven de bepalingen omtrent de bekentenis niet de minste reden om in een geval als hier bedoeld, eene stilzwijgende bekentenis aan te nemen. Veeleer het tegendeel. Deze wijzen op eene afgelegde verklaring. Doch door niet tegen te spreken laat de partij, die bij tegenspraak belang kon hebben, het oordeel over de feiten aan den rechter over en deze neemt ze dan, omdat hij tot twijfelen geen reden heeft, ook zonder bewijs aan. Dat brengt de toepassing van het beginsel zijner lijdelijkheid mede. Kan het anders, waar geen bepaalde of geen afdoende tegenspraak plaats heeft? Waar een geding aan 's rechters oordeel wordt onderworpen en eene der partijen de feitelijke beweringen der andere noch toegeeft noch behoorlijk tegenspreekt, daar ontkent noch bekent zij, maar terwijl zij niettemin, even goed als de tegenpartij, 's rechters beslissing vraagt, laat zij hem metterdaad vrij om naar de beweringen der tegenpartij alleen te oordeelen. Refereert zij zich niet, zooals het heet, met zoovele woorden aan 's rechters oordeel, dan is het dit, maar dit ook alleen wat zij stilzwijgend, door de daad zelve, heeft gedaan. Verg. nog rechtbank Zutfen 6 December 1894 W. 6600, Utrecht 2 Januari 1895 W. 6606. In beginsel is het geval dat ons bezighoudt geheel overeenkomstig met het geval dat eene partij verstek laat gaan. Ook dan wijst de rechter, als alle formaliteiten in acht genomen zijn, den eisch toe, indien die hem niet onrechtmatig noch ongegrond voorkomt. Zijn de formaliteiten in acht genomen, dan had de gedaagde

moeten verschijnen; doet hij dit niet, hij geliet zich als hadde hij niets te zeggen en wordt met recht daarnaar behandeld. Hij laat den rechter vrij om naar de beweringen des eischers alleen recht te doen, daarop alleen zijn oordeel uit te spreken. En de rechter neemt de feiten ook zonder bewijs als bestaande aan. Al kan dit in een of ander opzicht hetzelfde gevolg hebben als hadde gedaagde de feiten erkend, de rechter zal hier niet overwegen, dat het tusschen partijen is in confesso en hij moet het ook niet in de zooeven besproken gevallen doen. Verg. Procesrecht II, 3e ed., bl. 108 en 211.

Bij zijne bestrijding van art. 1902 en zijne daaraan verbonden bewering dat door art. 1902 niet alleen het voorschrift van art. 139 (137 § 3) B. R. van kracht wordt beroofd, maar integendeel het daarin gewraakte door den wetgever zelven gewettigd wordt, heeft Mr. J. C. Post, in zijn met scherpzinnigheid en talent geschreven proefschrift: de leer van den bewijslast in rechtspraktijk en wetgeving, (verd. te Leiden 13 Dec. 1893 bl. 58 vv. waarover Rechtsgel. Magazijn 1894, bl. 241), over het hoofd gezien, dat art. 1902 wel bepaalt dat de eischer zijn beweren bewijzen moet, maar zonder het er bij te voegen, klaarblijkelijk van de onderstelling uitgaat dat hij tot leveren van bewijs, tot bewijsvoering, eerst verplicht is als de door hem beweerde feiten betwist zijn. Waaruit die betwisting blijken moet en hoe die moet geschieden om op den naam van betwisting aanspraak te maken, wordt daar niet bepaald. Ook wordt daar niet gezegd dat de gedaagde met een bloot ontkennen kan volstaan, maar alleen dat hij eerst bewijzen moet wanneer hij zijnerzijds zich op feiten beroept. Dan volgt uit art. 139 (137 § 3) B. R. (art. 141 nieuw) dat, als de gedaagde niet antwoordt, hij niet betwist en tevens, dat hij gemotiveerd moet betwisten om gehoord te worden. In beide gevallen betwist hij niet, wat hij feitelijk moge zeggen: „la forme emporte le fond”. Wanneer nu in zoodanig geval de rechter zegt dat des eischers positum als bewezen moet worden beschouwd dan drukt hij zich niet nauwkeurig uit, maar wanneer hij zegt dat de feiten als niet betwist daarom als vaststaande kunnen worden aangenomen, dan ontheft hij den eischer niet van den bewijslast dien art. 1902 op hem legt, maar hij verklaart met andere woorden, dat de bewijslast in het voorhanden geval voor den eischer niet bestaat omdat hij bewijs alleen dan heeft te leveren als zijne bewering

betwist wordt. Hoe nu art. 1902 kan gezegd worden art. 139 (thans 141) van kracht te berooven, terwijl dit tot op zekere hoogte, althans de strekking heeft om de richtige toepassing van art. 1902 te verzekeren, is mij uit het betoog niet duidelijk geworden.

Doch ik keer tot de stilzwijgende bekentenis terug en de argumenten waarmede deze door DIEPHUIS bestreden wordt.

DIEPHUIS, hoe hij ook elders tegen het beroep op romeinsche rechtregels te velde mogen trekken, beroept zich hier op PAULUS in l. 142 de R. J. „Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare". Hij geeft dan daarvan deze vertaling: „Stilzwijgen is geen ontkennen, maar daarom is het nog geen bekennen". Dan zou de regel een autoriteit zijn voor zijn gevoelen, wat ook het mijne is, dat wij geen stilzwijgende bekentenis moeten aannemen. Maar de vertaling is wel spreukmatig, doch niet juist. Want PAULUS zegt veeleer dit: „Al kan men van hem die zwijgt eigenlijk niet zeggen dat hij bekent, zoo is het toch zeker dat hij niet ontkent". Men zou zijne uitspraak kunnen aanvullen met te zeggen: „en daarom kan er toch wel eens eene bekentenis in liggen", zonder dat men dan buiten den gedachtengang van den jurist zou gaan. Dat dacht althans GOTHOFREDUS. „Et sane hac regula nostra" merkt hij op, „non negatur in iudicio tacentem aliquando pro fatente accipiendum, aliquando pro negante: verum proprietatem et subtilitatem tantum rei hic urget Ictus.... Et certe proprie loquendo taciturnitas neque confessio proprie est neque infitiatio: sed tamen id non impedit quin, prout res est, taciturnitas ad alterum extremorum, ut dixi, justa aliqua ratione applicetur", wat hij dan met voorbeelden opheldert. Ons zou de spreuk, letterlijk toegepast, uitnemend te pas komen: Die zwijgt bekent wel niet, maar 't staat toch vast dat hij niet ontkent; dat niet ontkennen is genoeg om evenals in geval van bekentenis het leveren van bewijs overbodig te maken. Maar, daar de spreuk op zich zelve niets bewijst, al spreekt zij eene waarheid uit die men „une vérité de M. de La Palisse" zou mogen noemen, zou ik haar maar liever in het corpus iuris laten rusten. Daar zijn er anderen, die nog altijd dienst en beter dienst kunnen doen dan deze.

Brengt de aard van de bekentenis mede, dat zij in eene afgelegde dus in eene uitdrukkelijke verklaring besta, haar wezen sluit het aannemen ook van eene stilzwijgende bekentenis niet uit in den zin, waarin wij ook van stilzwijgende verklaringen plegen

te spreken. Niets belet den wetgever om, niettegenstaande hij in zijne bepalingen van den Vden titel eene uitdrukkelijke verklaring onderstelt, in andere gevallen de bekentenis uit de houding der partij in verband met haar zwijgen af te leiden. En daartoe behoeft de wetgever niet van eene stilzwijgende bekentenis met zoovele woorden te spreken, of haar in de bepalingen van den Vden titel in het algemeen te erkennen. Hij ging dan licht te ver; maar, waar hij in bepaalde gevallen eene bekentenis aanneemt om 't stilzwijgen van de partij, daar is de stilzwijgende bekentenis erkend. M. i. ligt die erkenning duidelijk in het thans ingetrokken art. 202 B. R. hetwelk bepaalt, dat de bij eene akte van conclusie bepaaldelijk uitgedrukte feiten moeten worden ontkend of erkend en anderzins voor erkend kunnen worden gehouden. Diephuis wil daarin geene „verheffing van het stilzwijgen tot eene bekentenis" zien, maar beweert, dat „hij die in dit geval noch ontkent noch erkent zelf aanleiding geeft tot een gegrond vermoeden dat gewichtig genoeg is om het er voor te houden dat hij die feiten wel niet wil erkennen, maar ook niet wil ontkennen en ze daarom zonder het getuigenverhoor en zonder verder bewijs als waar te kunnen aannemen". Het stilzwijgen levert dus een vermoeden op? Maar daartegen geldt immers alles wat Diephuis op bl. 98 aanvoert tegen het aannemen van de bekentenis zelve als een wettelijk vermoeden? Kan het niet ontkennen noch erkennen, het stilzwijgen alzoo, een bekend feit heeten in den zin van art. 1952? Doch er staat in art. 202 niet dat het niet ontkende of niet erkende feit voor waar kan worden gehouden zonder bewijs, maar dat het voor erkend kan worden gehouden. De waarheid mag dus worden aangenomen, omdat de wetgever van oordeel is dat hier het feit als erkend mag beschouwd, m. a. w. eene bekentenis mag aangenomen worden. H. R. 6 April 1883. W. 4912. Het ware zeker ongerijmd om aan een vermoeden van eene bekentenis te denken, maar hierboven, bl. 141, meen ik duidelijk aangetoond te hebben dat wat de wetgever in den vorm van een vermoeden uitdrukt, daarom op een vermoeden nog niet wijst! Het voor erkend houden is hier een volkomen juiste uitdrukking voor de aan het stilzwijgen verbonden bekentenis omdat deze uit haren aard eene uitdrukkelijke verklaring onderstelt. De wetgever, die de verplichting oplegt om te erkennen of te ontkennen, kon, daar hij noch tot het eene noch tot het

andere onmiddellijk dwingen kan, de nakoming van zijn voorschrift niet beter verzekeren dan door het nadeel dat hij aan de niet-nakoming verbindt. Daarin ligt de naaste grond der bepaling. Doet gij niet wat ik verlang dat gij doen zult, dan neem ik aan dat gij doet wat in uw nadeel zou zijn. En dit wordt volkomen gerechtvaardigd door de gevolgtrekking, welke daarbij door den wetgever wordt gemaakt, maar deze is niet de naaste grond van zijne bepaling. DIEPHUIS blijft zoo zeer aan de onmogelijkheid van eene stilzwijgende erkentenis hechten, dat hij daarvan ook hier niet wil weten en deze uitgesloten acht omdat de wet zegt „dat de rechter de feiten voor erkend zal kunnen houden wat hij, zoo wij hier van bekentenis moeten spreken, die dan als eene gerechtelijke gelden zou, zou moeten doen". Maar kan dan de wetgever, de kracht van het bewijs in 't algemeen bepalende dit in bijzondere gevallen niet beperken? En is het zoo vreemd, dat de wetgever hier het al of niet aannemen van eene bekentenis van de omstandigheden meende te moeten laten afhangen en dus aan 's rechters oordeel te moeten overlaten? Kan hij niet eene gedachte gehad hebben als GOTHOFREDUS uitsprak in de hierboven aangehaalde woorden: „Et certe proprie loquendo" en wat daar verder volgt? Verg. vonnis Rechtbank Arnhem 4 April 1892, W. 6505.

Wat ik omtrent art. 202 opmerkte, geldt ook van art. 244 B. R. Ook dáár neemt de wetgever eene stilzwijgende bekentenis aan, wanneer hij zegt dat, wanneer de partij op de vragen niet antwoordt, de feiten, over welke de vragen loopen zullen, kunnen worden gehouden voor erkend.

Ook hier ziet DIEPHUIS de duidelijke uitspraak der wet voorbij, als hij meent dat de wetgever bepaalt dat de feiten als waar kunnen worden aangenomen omdat hij, die, geroepen om op zekere vragen gehoord te worden, niet verschijnt, zonder dat van eenige verhindering blijkt, of niet wil antwoorden ook geacht kan worden een antwoord te ontwijken omdat het òf leugenachtig òf in zijn nadeel zou moeten zijn. Neen, ook hier zegt de wet niet dat die feiten als waar kunnen worden aangenomen zonder bewijs, maar hij zegt met zoovele woorden dat zij kunnen worden gehouden voor ERKEND. En in de reden, die DIEPHUIS voor de bepaling opgeeft, ligt weer niet de reden van die bepaling zelve, maar de rechtvaardiging van het middel waardoor de wetgever de nakoming van zijn voorschrift heeft verzekerd. Als hij

die geroepen wordt om op vragen te antwoorden, opdat hij erkenne, of ontkenne, noch het een noch het ander doet, is daarvan dan niet een natuurlijk gevolg dat de wetgever bepaalt wat hij dan geacht moet worden te hebben gedaan? Is de wetgever dan in zijne keuze niet op het een òf het ander van hetgeen de gedaagde had moeten doen, aangewezen? dus om ontkenning of erkenning aan te nemen? Alleen door erkenning aan te nemen kon hij de nakoming zijner bepaling verzekeren en tevens het gezag des rechters die de ondervraging beval handhaven.

Eindelijk zou men in art. 202 en 244 volgens DIEPHUIS ook daarom geene stilzwijgende erkenning mogen zien, „omdat wanneer de rechter doet wat hij kan, en de feiten als erkend en waar aanneemt, dit alleen van invloed zal zijn op het geding waarin het te pas is gekomen, maar zullen die feiten in een ander geding ook tusschen dezelfde partijen gevoerd, in geval van tegenspraak, niet als bewezen beschouwd kunnen worden op grond der eens in een vroeger geding aangenomen houding en kan men zich tot hun bewijs niet op die houding beroepen, wat men wel zou kunnen doen op eene vroeger afgelegde gerechtelijke bekentenis".

Ik merk daartegen in de eerste plaats op, dat in het door D. verondersteld geval, in een later geding geen beroep wordt gedaan op eene in een vroeger geding *aangenomen houding*, maar op eene door den rechter, op grond van de wet, *uit die houding afgeleide bekentenis*. Mag men zich alzoo in 't algemeen op eene in een vroeger geding afgelegde bekentenis beroepen, dan ook op deze. Te beweren dat dit niet mag omdat hier geen bekentenis is, wijl eene stilzwijgende bekentenis niet bestaanbaar is, is in ieder geval eene *petitio principii*, maar m.i. ook in strijd met de duidelijke bewoordingen der wet. Het spreekt van zelf dat het hier besproken gevolg in geen geval mag aangenomen worden, wanneer de wetgever het uitdrukkelijk anders bepaalt, zooals in art. 246 met opzicht tot de antwoorden bij een verhoor op vraagpunten gegeven. Die bepaling zal a fortiori wel gelden voor eene bekentenis uit stilzwijgen op de vragen afgeleid.

Al is dan de bekentenis uit haren aard eene verklaring, en al laten de bepalingen van art. 1960 en vv. B. W. eene stilzwijgende bekentenis niet toe, met haar wezen is het niet in strijd eene stilzwijgende bekentenis aan te nemen, en waar dit door den wetgever geschiedt is dit geen anomalie.

De onderscheiding der bekentenis in **gerechtelijke** en **buitengerechtelijke** dient nader bepaald te worden. Moet die benaming in hare letterlijke beteekenis worden opgevat, of heeft zij eene betrekkelijke beteekenis? Heeft men daarbij aan een geding of uitsluitend aan **het** geding te denken? In de door mij vooropgezette begripsbepaling heb ik het laatste aangenomen.

Zeker kan eene bekentenis door een beklaagde in een strafgeding afgelegd, niet anders dan als eene gerechtelijke bekentenis worden aangemerkt. Toch levert zij geen volledig bewijs op, als die in een burgerlijk geding afgelegd; geheel op zich zelve staande is zij zelfs „nimmer genoegzaam om een wettelijk bewijs daar te stellen", zooals art. 404 Strafv. het uitdrukt. En art. 1956 laat zelfs tegenbewijs toe in het burgerlijk geding van een feit dat door den strafrechter door eene behoorlijk ondersteunde bekentenis, want er wordt tusschen de bewijsmiddelen geen onderscheid gemaakt, als bewezen werd aangenomen. De wetgever heeft derhalve in den vijfden titel van het IV° Boek B. W. niet anders dan op eene in een burgerlijk geding afgelegde bekentenis het oog gehad, maar dan kan hij ook evengoed in eene nog beperktere beteekenis van eene gerechtelijke bekentenis hebben gesproken, zoodat zij dit eerst dan heeten mag, wanneer zij werd afgelegd in hetzelfde geding als waarin zij wordt tegengeworpen of als bewijsmiddel dient. En dit brengt dan weder de aard van het burgerlijk geding en de kracht van het gewijsde in burgerlijke zaken mede. Gelijk deze beperkt is tot de zaak waarin en de partijen tusschen welke het werd gewezen, zoo kan ook de bekentenis die tot het vonnis leidt, geen uitgebreider kracht hebben. DIEPHUIS merkt op, bl. 105, dat voor deze bewering geen grond bestaat, doch hij denkt vooreerst niet aan de gevolgtrekking die hij zou moeten maken voor eene in een strafzaak afgelegde bekentenis. Maar bovendien ontkent hij wel de „analogie" aan art. 1954 B. W. ontleend, doch het door hem bestreden beweren beroept zich niet op eene analogie, maar op de grenzen aan het gewijsde en op grond daarvan noodzakelijk aan de daartoe geleid hebbende bekentenis gesteld. Als in eene andere zaak tusschen dezelfde partijen of tusschen andere partijen de beslissing des rechters geen kracht heeft, op welken grond zal men dan in die gevallen kracht toekennen aan de gronden waarop 's rechters beslissing rustte? Dat men er dan toe moet komen om soms eene in rechte afgelegde bekentenis eene buitengerechtelijke

te noemen, levert geen bezwaar op, omdat benamingen en begrippen altijd betrekkelijk zijn en in verband moeten worden beschouwd met hunne naaste strekking, waarmede vervalt de „bizarrerie" welke daarin gevonden wordt door LARNAUDE bij BONNIER. Zie behalve von SAVIGNY VII, bl. 41, 44, DEMOLOMBE XXX, n°. 497 v., BAUDRY-LACANTINERIE II n°. 1296 en het Hof van Cassatie in Frankrijk, geciteerd in zijne uitgave van BONNIER n°. 350, door F. LARNAUDE, die zelf, afwijkende van BONNIER, met MARCADÉ en LAURENT hetzelfde gevoelen als DIEPHUIS omhelst. Over die vraag handelt vrij uitvoerig P. CONINCK WESTENBERG in Acad. Proefschrift bl. 14—24. De Duitsche Civilprozessordnung spreekt in § 261 met name van „im Laufe des Rechtstreits". Bij een vonnis Maastricht 28 December 1895 W. 6908 wordt overwogen dat bekentenissen in een ander geding afgelegd als vermoeden in aanmerking kunnen komen, vooral wanneer uit hoofde van kwade trouw en bedrog tegen eene handeling wordt opgekomen.

Ik heb de bekentenis genoemd het erkennen van een feit, omdat ook zij alleen tot het bewijs van een feit strekken kan, wat, gelijk ik vroeger opmerkte, het karakter van ieder bewijsmiddel is. Dit neemt niet weg, dat de inhoud eener bekentenis wel kan bestaan in een recht of rechtsbetrekking, doch dat recht of die rechtsbetrekking moet altijd een feit tot grondslag hebben en dit feit moet door de bekentenis vaststaan, zal daaruit tot het bestaan van het in de bekentenis geformuleerde recht of rechtsbetrekking worden besloten.

In verband met hetgeen ik omtrent de stilzwijgende bekentenis opmerkte moet men aannemen, dat zij kan voortvloeien uit het als erkend aannemen van door de tegenpartij gestelde feiten in de door de wet aangewezen gevallen. Zoo zal dan de bekentenis in rechte blijken uit het stilzwijgen waar de partij had moeten ontkennen of erkennen maar voor alles uit eene in eene memorie of conclusie afgelegde verklaring. Eindelijk kan die erkentenis voortvloeien uit verklaringen door de partijen mondeling voor den rechter afgelegd bij den kantonrechter waar de partij zelve verschijnt, of bij gelegenheid van eene door den rechter voor hem bevolene verschijning van partijen, of bij een door den rechter afgenomen verhoor op vraagpunten. Ook bij gelegenheid van eene comparitie

voor commissarissen over eene gevraagde toelating om kosteloos te procedeeren? Neen. De bekentenis moge dan voor den rechter zijn afgelegd, zij werd niet afgelegd in het geding. Terecht oordeelde het Hof te Utrecht 9 Dec. 1863, N. R. B. (1864) XIV bl. 293, dat, als de bekentenis voor commissarissen niet behoorlijk is geconstateerd, de eischer niet tot het bewijs door getuigen kan worden toegelaten om het feit der bekentenis voor commissarissen te bewijzen, maar het Hof ging m. i. te ver toen het aannam dat van eene gerechtelijke bekentenis noodwendig uit de dingtalen moet blijken. Deze opvatting acht ik in verband met het zooeven door mij opgemerkte te beperkt. Anders dacht de Rechtb. te Leiden 7 December 1859 Pasicrisie n°. 7. Wanneer men met het oog hierop de bekentenis wil onderscheiden in eene mondelinge en eene schriftelijke, dan zou ik tot de laatste alleen brengen die welke is opgenomen in de schrifturen van het geding, conclusiën of memoriën of wanneer zij uit hetgeen daarin is geschreven of niet, voortvloeit. Ook die welke een gemachtigde mondeling aflegt overeenkomstig de hem gegeven schriftelijke volmacht welke de af te leggen bekentenis inhoudt. De mondelinge, door de partij zelve voor den rechter afgelegd blijft mondeling, al wordt zij in het procesverbaal der terechtzitting opgeschreven of in het relaas van een verhoor op vraagpunten of andere verschijning voor den rechter opgenomen. Dat eene verschijning als art. 19 B. R. bedoelt tot eene bekentenis geen aanleiding zou kunnen geven, ontken ik met Diephuis bl. 106 op de door hem aangevoerde gronden.

De bekentenis is eene eenzijdige handeling. Hare kracht is niet afhankelijk daarvan dat de tegenpartij haar heeft aangenomen. De bekentenis heeft in geenerlei opzicht de natuur van zoodanige handelingen als welker verbindende kracht de wetgever van aanneming afhankelijk maakt, art. 1326 § 3, 1444 B. W., 278 B. R. Wanneer voorts de wetgever van het herroepen der bekentenis spreekt en dit in een bepaald geval toelaat, dan spreekt hij niet anders dan van eene afgelegde bekentenis (art. 1960) waardoor de eenzijdigheid der handeling en hare volstrekte onafhankelijkheid van eenige aanneming buiten twijfel is. Het tegenovergestelde gevoelen van Bonnier n°. 354 en van Toullier X n°. 285 vv. mag gerustelijk als eene dwaling beschouwd worden. Al zegt Pothier in zijne bepaling van de bekentenis: „la confession judiciaire est l'aveu qu'une partie fait devant le juge d'un fait sur lequel elle est inter-

rogée, et dont le juge donne acte" het gaat wat ver met BONNIER te zeggen: „si les rédacteurs du Code n'ont pas reproduit ces expressions de POTHIER, c'est qu'ils n'ont pas songé à ce point (wat feitelijk niet eens juist is; zie JAUBERT bij LOCRÉ XII p. 535 n°. 36); mais rien n'indique de leur part l'intention d'innover en présence d'une pratique constante". Op zich zelf van weinig kracht verliest het argument alle waarde, als men bedenkt dat niet alleen de gespatieerde woorden maar de geheele definitie in den Code evenals in ons Wetboek ontbreken. Verg. DIEPHUIS, III bl. 114, 115. De duitsche Civilprozessordnung § 261 sluit de noodzakelijkheid der aanneming uitdrukkelijk uit.

In welke gevallen.

De gerechtelijke bekentenis kan in alle gedingen en omtrent alle feiten bewijs opleveren, ten zij de wet haar, hetzij uitdrukkelijk hetzij bij noodzakelijke gevolgtrekking uit hare bepalingen, uitsluit.

De bepalingen van den Vden titel beperken de kracht van de bekentenis als bewijsmiddel niet. Toch onderstelt de wetgever zelf uitsluitingen in art. 1967 B. W., waar hij de opdracht van den beslissenden eed verbiedt ten aanzien van geschillen „waarin hare bekentenis niet zou kunnen worden in aanmerking genomen". Het is uit deze woorden duidelijk, dat de wetgever niet alleen aan eene uitdrukkelijke uitsluiting der bekentenis denkt, maar althans ruimte laat voor de onderstelling, dat ook de uitsluiting bij noodzakelijke gevolgtrekking uit de een of andere wetsbepaling voortvloeit, dat hij m. a. w. hier of daar implicite de bekentenis uitsluit. Eene uitdrukkelijke uitsluiting komt alleen voor in art. 810 B. R. Het is daar echter geene volstrekte uitsluiting, welke de wetgever uitspreekt, maar, zegt hij, de enkele, d. i. de geheel op zich zelf staande door geen ander bewijsmiddel gesteunde, bekentenis van den man kan niet als bewijs gelden in een geding tot scheiding van goederen omtrent de feiten die alleen tot grondslag van een daartoe gedanen eisch volgens art. 241 B. W. mogen strekken. Het is niet, omdat in die bekentenis eene onderlinge toestemming zou liggen, dat de wetgever aan de enkele bekentenis van den man kracht van bewijs ontzegt. Want iets geheel anders is eene scheiding bij onderlinge toestemming, wat de fransche wetgever met nog duidelijker tegenstelling „une séparation volontaire" noemt

in art. 1443 C. C., waarvoor dus hoegenaamd geen grond behoeft te worden opgegeven, en eene bekentenis van bepaalde feiten als art. 1443 aangeeft; en nog verder staat er van af de bekentenis van feiten als onze wetgever vereischt in art. 241, welke bepaling eene bekentenis van wangedrag, verspilling, slecht beheer of grof verzuim door den man afgelegd zou onderstellen. Toch heeft de wetgever gemeend, dat zelfs de bekentenis van eigen schande, als zij door niets anders wordt gesteund, misschien niet werd geschroomd, waar de toeleg kon bestaan om de rechten der schuldeischers te eigen bate te verkorten. En dat de wetgever voor de benadeeling van schuldeischers door middel van scheiding van goederen bezorgd was, toonen de bepalingen, welke te hunnen behoeve in artt. 242, 243, 244, 246, 247, 252 § 2 B. W. voorkomen.

De Regeering noemde in hare verklaring van art. 1967 de uitsluiting van de bekentenis in het geding over scheiding van goederen niet, maar sprak van echtscheiding en andere gedingen die den staat der personen betreffen. Maar dit gevoelen, dat door vele schrijvers verdedigd wordt, de meeste fr. schrijvers nemen het aan, wordt verkeerdelijk gestaafd met dezen grond, dat de bekentenis nimmer zou kunnen strekken tot bewijs van die rechten waarover de bijzondere personen niet onafhankelijk beschikken kunnen en dat zij dus in alles wat de publieke orde eenigszins aangaat uitgesloten zou zijn. Wat Diephuis daarover zegt bl. 100 vg. is volkomen juist, maar de gevolgtrekking die hij maakt, dat derhalve de bekentenis als een geldig bewijsmiddel mag beschouwd worden in alle gevallen, „waarin haar niet door eene uitdrukkelijke wetsbepaling die kracht is ontzegd", gaat niet op. Ten onrechte beperkt hij de uitsluiting tot die van art. 810 B. R. Mist toch deze redeneering niet allen steun in de wet? Waar zegt de wetgever dat hij eene uitdrukkelijke uitsluiting noodig acht? Nergens; en in art. 1967 onderstelt hij, gelijk ik reeds opmerkte, veeleer eene stilzwijgende.

Deze nu vind ik in al die gevallen, waarin de wet zekere feiten niet dan door bepaald aangewezen middelen, andere dan de bekentenis en die de bekentenis uitsluiten, wil bewezen hebben. Dit is het geval bij het bewijs van staat van wettig kind, art. 316 vv. B. W. en terwijl de staat van erkend natuurlijk kind niet anders dan door eene erkenning in den wettelijken vorm kan

worden bewezen, zal eene bekentenis van vader of moeder de akte niet kunnen vervangen. Daarentegen zal bij de gedwongene erkenning de bekentenis van den vader of moeder in de gevallen van art. 342 en 343 B. W. niet uitgesloten zijn. Zoo zal evenmin eene rechtshandeling, welke eene authentieke akte of een geschrift in 't algemeen tot haar bestaan behoeft, van zelf buiten dat geschrift niet als bestaande kunnen worden aangenomen en eene bekentenis kan zulk een wezenlijk gebrek in de handeling niet goed maken. (Verg. art. 1930 B. W.) Maar in een geding tot echtscheiding, waarom zou daar de bekentenis der tegenpartij niet kunnen worden aangenomen tot bewijs van het feit, waarop die echtscheiding alleen kan gevorderd worden? Omdat wij hier met den staat der personen, met de publieke orde te doen hebben? Het ware de taak des wetgevers voor hare handhaving te zorgen, indien hij de uitsluiting der bekentenis daartoe noodig achtte, evenals hij voor het belang der schuldeischers zorgde door de uitdrukkelijke bepaling van art. 810. In zake van echtscheiding heeft hij wel de gronden beperkt waarop zij kan gevorderd worden, maar voor het bewijs geene andere bijzondere bepaling gemaakt dan die van art. 265, voor zoover deze thans nog geldig is. Derhalve geene bepaling die uitdrukkelijk, evenmin eene die implicite de bekentenis uitsluit. Maar kan dan niet art. 263 ontdoken worden? Wanneer de feiten, welke alleen eene vordering tot echtscheiding mogen staven op bekentenis der tegenpartij worden aangenomen, dan heeft er stellig formeel geene echtscheiding door onderlinge toestemming plaats, maar de mogelijkheid bestaat dat eene echtscheiding zoo sterk wordt begeerd dat eene bekentenis van eigen schanddaad daartoe niet te zwaar wordt geacht. Dan wordt de wet ontdoken. Maar wederom, had niet de wetgever het in zijne macht om tegen die ontduiking te waken? Waarom deed hij dit ten opzichte van de scheiding van goederen en hier niet? Erkende hij zelf niet door die bepaling van art. 810, dat ook bij echtscheiding eene bepaling noodig was, wilde hij de kracht aan de bekentenis in 't algemeen toegekend daarbij beperken? Maar, ligt het dan toch niet geheel in den geest, die den wetgever bij de regeling der echtscheiding bezielde om alleen op grond van werkelijk bestaande niet op fictieve feiten haar toe te laten? Zeker; maar op welken grond beweert gij dat de erkende feiten inderdaad niet hebben plaats gehad, dat de partij haar

schanddaad loog? Het is immers niet dan uwe vooronderstelling! Zeker, de mogelijkheid bestaat dat er op de door u vooronderstelde wijze wetsontduiking plaats heeft. Maar op grond van die mogelijkheid mag de uitlegger de wet niet verbeteren, al meent hij dit in des wetgevers geest te doen; dat is de taak van den wetgever en van hem alleen. Als eene verslapping der zeden eene miskenning van den ernst van het huwelijk ten gevolge heeft, en zucht naar „vrije liefde" echtscheiding zoekt, terwijl de wetgever meent aan de duurzaamheid van het eens gesloten huwelijk het belang van den Staat verbonden te moeten achten, dan staat het aan hem de handhaving zijner wet te versterken opdat er niet met zijn gezag worde gespeeld. Blijkt daarentegen de ontduiking der wet een gevolg te zijn van te groote strengheid zijner bepalingen, zoodat de wetgever daarmede zijn doel voorbijstreeft, dan heeft hij den eerbied voor de wet te handhaven door haar in overeenstemming te brengen met veranderde maatschappelijke behoeften. De uitlegger der wet en de tot hare toepassing geroepen rechter kunnen daar niet aan doen.

Wat ik van de echtscheiding gezegd heb, geldt natuurlijk evenzeer van de scheiding van tafel en bed. Bij de fr. schrijvers geldt vrij algemeen het hier bestreden gevoelen. Zie o. a. Demolombe XXX n°. 481, Bonnier n°. 352, Garsonnet § 270 nt. 9. Bij ons werd in dienzelfden geest een opzettelijk betoog geleverd door Mr. Oudeman in Opm. en Meded. VI, bl. 141.

Maar ligt niet in de bekentenis eene beschikking over het recht of de rechtsbetrekking welke het voorwerp van het geding uitmaakt? en wordt dientengevolge de bekentenis niet als bewijsmiddel uitgesloten in alle gedingen gevoerd over rechten welke aan der partijen vrije beschikking onttrokken zijn? Dat de bekentenis eene beschikking over een recht kan inhouden is niet te ontkennen, evenals in het voeren van een proces en in de berusting in een ingestelden eisch of in het toegeven aan de daartegen ingebrachte verdediging eene beschikking over het recht ligt opgesloten. Ook daarmede staat in verband dat eene bekentenis voor den rechter volledig bewijs oplevert en hem de waarheid of onwaarheid van die bekentenis niet aangaat. De bijzondere personen hebben ook in dien zin de vrije beschikking over hunne rechten, dat zij zelve te oordeelen hebben, of zij het nadeel dat eene bekentenis hun berokkenen kan al of niet willen lijden. Zoo is van zelf, waar de

bekwaamheid om een proces te voeren op grond van ontbreken der handelingsbevoegdheid ontbreekt, de bevoegdheid om in een proces eene bekentenis af te leggen uitgesloten. Maar dewijl de beschikking over het recht niet dan een gevolg kan heeten van eene bekentenis, vermits deze wel daartoe leiden kan maar het zelve niet is, vermits zij in zich zelf niet anders dan een bewijsmiddel is, zoo moet ook de bekentenis als bewijsmiddel door den rechter worden uitgesloten, zoo dikwijls als er voor den wetgever reden is om de beschikking over een recht als uitvloeisel der bekentenis te vreezen en hij die daarom niet toegelaten wil hebben; maar dan volgt daaruit dat, bij de algemeene toelating van de bekentenis als bewijsmiddel, zij niet dan door den wil des wetgevers in bijzondere gevallen uitgesloten kan worden. Al kan door de toelating van de bekentenis, in een bepaald geval, zoo goed als een beschikking over een recht plaats hebben, waar deze verboden is, is niet daardoor alleen ook de bekentenis uitgesloten. Inderdaad beschikt de partij die eene bekentenis aflegt slechts over de waarheid of onwaarheid van een feit omdat de rechter verplicht is de waarheid van het bekende feit zonder verder onderzoek aan te nemen, maar dan behoorde de wetgever ook de bekentenis als bewijsmiddel te hebben uitgesloten van al die feiten waarin hij de waarheid of onwaarheid niet van de verklaring van partijen afhankelijk gesteld wil hebben. Dit heeft de wetgever evenwel nergens gedaan. Zoo vloeit dan ook uit art. 621 B. R. niet voort, dat in de daar genoemde gedingen de bekentenis niet kan worden aangenomen. De juistheid mijner meening wordt bevestigd door de bepaling zelve van art. 1967 § 1 wanneer daar naast geschillen, waarover partijen geene dading zouden mogen treffen, afzonderlijk melding wordt gemaakt van die, „waarin hare bekentenis niet zou kunnen worden in aanmerking genomen".

§ 135 VERVOLG. BEWIJSKRACHT.

Volledig bewijs. De gerechtelijke bekentenis levert een volledig bewijs op tegen hem die haar heeft afgelegd. Doch dan moet hij dit in persoon of door eén bijzonder daartoe gemachtigde hebben gedaan. Art. 1962 B. W.

Volledig bewijs levert de bekentenis als ieder ander bewijsmiddel.

Zoodra de bekentenis is afgelegd, kan de partij in wiens voordeel dit geschied is daarvan gebruik maken; zij is van het leveren van elk ander bewijs ontheven, terwijl de rechter verplicht is de erkende feiten als volkomen bewezen aan te nemen. Maar is hier bewijs van het tegendeel toegelaten? Dat de uitdrukking volledig bewijs tot eene ontkennende beantwoording van die vraag zou moeten leiden, is uit dezelfde uitdrukking in art. 1907 voorkomende niet op te maken, omdat de wetgever, gelijk wij gelegenheid hadden op te merken, dáár het bewijs van de afgelegde verklaring en het bewijs van het daaruit af te leiden gevolg niet nauwkeurig uit elkander houdt. Van de akte kan alleen de valschheid worden bewezen; eigenlijk tegenbewijs is tegen hetgeen zij als zoodanig constateert uitgesloten, de daarin geconstateerde verklaringen zijn daarentegen voor tegenbewijs vatbaar. Maar ik zou meenen, dat het bewijs van het tegendeel hier wordt uitgesloten, voor zoover de herroeping der bekentenis uitgesloten is. Herroeping laat de wetgever alleen toe wanneer bewezen wordt, dat de bekentenis het gevolg is geweest van een dwaling omtrent feiten. Heeft de partij welke eene bekentenis aflegde, zich eene verkeerde voorstelling gemaakt van de feiten, welker waarheid zij erkende en bewijst zij deze hare dwaling, dan bewijst zij, m. a. w., dat de feiten niet waren zooals zij die erkende en bewijst zij alzoo het tegendeel. Indien zij evenwel niet kan bewijzen aldus in dwaling te hebben verkeerd, dan moge zij tegen beter weten aan een feit als waar hebben erkend, hetwelk inderdaad niet waar is, zij zal tot dat bewijs niet kunnen worden toegelaten, art. 1963. DIEPHUIS moge (bl. 115) gelijk hebben in zijne bewering, dat bewijs van het tegendeel geheel iets anders is dan eene herroeping, in zoover als van deze laatste het gevolg is, dat de afgelegde bekentenis als niet afgelegd beschouwd moet worden, zoodat dan geen tegenbewijs meer zou te pas komen, terwijl de afgelegde bekentenis bewijs oplevert zoolang zij niet door tegenbewijs is ontzenuwd, — wanneer de wetgever zegt, dat de bekentenis alleen herroepen kan worden op grond van eene dwaling omtrent de daadzaken, dan zegt hij m. a. w., dat hij van eene herroeping, welke in eene eenvoudige intrekking eener bekentenis zou bestaan, in het geheel niet weten wil. Hij laat die alleen toe, wanneer hij die de bekentenis aflegde bewijst gedwaald te hebben omtrent de waarheid van het erkende feit en op die wijze bewijs levert van het tegendeel.

Bewijs van het tegendeel zonder beroep op dwaling is daarmede uitgesloten. Verg. HENNY bl. 34. Herroeping op grond van eene dwaling in het recht laat de wetgever niet toe. Hij noemt zoodanig beweren zelfs een voorwendsel (art. 1963 § 2), als ware dergelijke dwaling niet verschoonbaar. Doch hoe dit zij, eene dwaling omtrent het recht moge oorzaak zijn dat men zich van de erkenning van het feit een ander rechtsgevolg voorstelde, terwijl eene juiste voorstelling daarvan de erkentenis zou hebben doen terughouden, de waarheid van het erkende feit blijft even krachtig bewezen.

Opdat de gerechtelijke bekentenis volledig bewijs oplevere, moet zij door dengene, tegen wien zij dit doet, in persoon of door een bijzonder daartoe gevolmachtigde zijn afgelegd.

In persoon zal de bekentenis veelal worden afgelegd bij het kantongerecht, waar verschijning in persoon als regel voorop staat, en bij het antwoorden op een verhoor op vraagpunten, omdat daartoe, ook bij de rechterlijke collegiën, het verschijnen in persoon volstrekt noodig is; art. 241, 244, 245 B. R. Zoo ook wanneer de bekentenis wordt afgelegd bij gelegenheid van eene verschijning van partijen in persoon naar aanleiding van art. 49 of 19 B. R.

Doet de partij bij het kantongerecht een gemachtigde verschijnen, dan is deze in die hoedanigheid tot het afleggen van eene bekentenis niet bevoegd. De wet wil „een bijzonderen daartoe gevolmachtigde", wat men zal mogen opvatten als een bijzonder, bepaaldelijk en met name tot het afleggen der bekentenis gemachtigde. Er is geen reden om aan te nemen dat de gemachtigde bijzonder zou moeten zijn met opzicht tot de bekentenis en alzoo een ander persoon. Bijzonder tot het afleggen der bekentenis gemachtigd brengt ook mede, dat een algemeene volmacht niet voldoende is maar dat de inhoud van de bekentenis in de volmacht moet zijn uitgedrukt.

Uit het gezegde volgt dat de advocaat, die als zoodanig in het geheel niet als gemachtigde of vertegenwoordiger der partij optreedt, behalve in het cassatieproces, waarmede wij hier niet te maken hebben, eene volmacht behoeft om eene bekentenis af te leggen, die volledig bewijs oplevert en, terwijl de ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen alleen tegen erkenningen door een procureur gedaan is toegelaten, en de advocaat tot geenerlei proces-

handeling bevoegd is, is zijne erkentenis zonder volmacht van geen de minste waarde en mag daaraan geen gevolg door den rechter worden toegekend. De meening van vele schrijvers, volgens welke de procureur de bekentenis van een advocaat in zijne tegenwoordigheid gedaan tot de zijne zou maken en dat dientengevolge het middel van désaveu daartegen zou kunnen worden te baat genomen, verwerp ik volstrektelijk met DIEPHUIS III bl. 107 v. Doch even verwerpelijk komt mij de meening voor, welke DIEPHUIS zelf t. a. p. verkondigt omtrent eene bekentenis door den procureur zonder bijzondere volmacht afgelegd, welke hij als van geene waarde beschouwt. Het gevolg is m. i. alleen, dat zoodanige bekentenis geen volledig bewijs oplevert. En die onvolledigheid komt juist daarin uit, dat de ontkentenis dier zg. verrichting mogelijk is. Het is juist een der gevallen, welke art. 263 B. R. onderstelt voor de toepasselijkheid van het désaveu: „wanneer er erkenningen hebben plaats gehad, zonder dat de partij daartoe eene bijzondere en bepaalde schriftelijke volmacht heeft gegeven”. DIEPHUIS ziet over het hoofd dat de wetgever in art. 1962 B. W. wel bepaalt, dat de bekentenis volledig bewijs oplevert wanneer zij door een bijzonder daartoe gemachtigde wordt afgelegd, maar dat hij niet bepaalt, welke de kracht der bekentenis is, wanneer zij wordt afgelegd door een niet daartoe gemachtigden procureur. Wanneer dan uit art. 263 volgt, dat de erkenning in dit geval kracht van bewijs heeft, maar dat zij gewraakt kan worden en daardoor hare kracht kan verliezen, dan stelt de wet waarlijk de kracht van de bekentenis in beide gevallen niet gelijk, en art. 263 kan dus zóó weinig gezegd worden de bepaling van art. 1962, ook niet voor een deel, krachteloos te maken, dat zij die veeleer versterkt. Ik verwijs overigens naar hetgeen ik hierover schreef bij de behandeling van de ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen in § 90. Zie Dl. III 2e druk bl. 203—209. In verband met hetgeen ik dáár betoogde, op bl. 226—228, zal ook de door een bij den kantonrechter optredend gemachtigde afgelegde bekentenis, zonder daartoe bijzonder volmacht te hebben, wel aan eene wraking blootstaan, maar voorshands door den rechter als bewijs kunnen worden aangenomen.

Men verlieze bij de behandelde vraag ook niet uit het oog dat, ofschoon de wetgever de bekentenis door een bijzonder daartoe gemachtigde wil hebben afgelegd, hij daarvan alleen de volledige

bewijskracht afhankelijk stelt, maar niet, als in art. 1971, de handeling zelve afhankelijk stelt van een bijzonder daartoe verstrekte volmacht in dien zin dat deze anders niet wordt toegelaten.

Zoo kon ook aan de stilzwijgende bekentenis van art. 202 (oud) geen volledige bewijskracht worden toegekend. Want al houdt de wetgever de feiten voor erkend, hij kan het er niet voor houden dat de procureur tot het stilzwijgen gemachtigd was. Waar dit het geval niet geweest is, blijft zijn stilzwijgen, dat eene erkenning ten gevolge heeft, en alzoo deze erkenning, aan désaveu onderhevig.

Onsplitsbaarheid.

Bij de gevolgtrekking, welke uit de bekentenis gemaakt wordt met opzicht tot de waarheid der daarin erkende feiten, moet haar geheele inhoud worden in aanmerking genomen. Er mag niet alleen gelet worden op hetgeen in die bekentenis nadeelig is aan de partij welke de bekentenis aflegde; indien zij het beweerde feit onder zoodanige nadere bepaling erkende, welke de daaruit voortvloeiende gevolgen minder nadeelig voor haar moeten maken, doordien de bekentenis niet volkomen terugslaat op de feiten zooals die door de tegenpartij zijn gesteld, dan heeft de eischer haar in haar geheel als waar aan te nemen of te verwerpen. Eene op de gestelde feiten volkomen terugslaande bekentenis, waaraan echter zelfstandige beweringen door de bekennende partij worden toegevoegd, verliest door die bijvoeging hare kracht niet omdat haar inhoud door die bijvoeging niet verandert. Binnen deze grenzen verbiedt de wet de splitsing eener bekentenis ten nadeele van dengene die haar heeft afgelegd. Art. 1961 B. W.

De wijze waarop de ook door onzen wetgever aangenomen onsplitsbaarheid der bekentenis hier wordt omschreven en opgevat is betwistbaar en betwist. Die opvatting is met de jurisprudentie van vele onzer rechterl. collegiën en bepaaldelijk met die van den H. Raad in strijd. Ik heb mij in die jurisprudentie nooit kunnen vinden (zie o. a. N. Bijdragen XIV (1864) bl. 96, en het daar aangehaald N. R. Bijblad XII (1862) bl. 313 n[t].; voorts N. R. Bijblad XXI (1871) bl. 80; rechtskundig acht ik haar onjuist en aanleiding gevende tot wat mij zelfs voorkomt rechtschennis te zijn. De gronden waarop aangenomen wordt, dat de wet geene andere uitlegging zou dulden of wel dat deze de meest aanneme-

lijke zou zijn, willen mij niet afdoende voorkomen. De onsplitsbaarheid der bekentenis wordt door den H. Raad voortdurend aangenomen bij bekentenis van de verbintenis met beroep op bevrijding. De Rechtbank te Utrecht heeft die leer in een breedvoerig gemotiveerd vonnis van 17 Febr. 1869 N. R. Bijblad XXI (1871) bl. 76, dat evenwel door het Hof van Utrecht in h. b. vernietigd werd, bestreden. De Rechtbank te Rotterdam verwierp, 11 Mei 1878 W. 4248, 22 October 1881 W. 4714, 30 Mei 1885 W. 5217, 17 October 1892 W. 6283, eveneens de onsplitsbaarheid bij beroep op bevrijding en de Proc. Gen. bij den H. R. kwam er ook tegen op in een concl. beh. bij arr. 29 Januari 1886 W. 5268, doch overigens is de jurisprudentie vrijwel in den zin van den H. R. gevestigd.

Men pleegt met het oog op de onsplitsbaarheid der bekentenis tweeërlei categorie van gevallen te onderscheiden: die waarin, zooals DIEPHUIS, bl. 121, het uitdrukt, de bekentenis met eene nadere bepaling, en die waarin zij met eene bijvoeging plaats heeft. Als voorbeeld van de eerste wordt, bl. 124, aangevoerd de bewering van een koop en op grond daarvan vordering van den prijs; de tegenpartij erkent wel gekocht te hebben maar voor een lageren prijs of onder voorwaarde; van de tweede: op eene vordering tot betaling eener schuld wordt het aangaan der schuld erkend maar beweerd dat zij is betaald. Omtrent de onsplitsbaarheid van eene bekentenis in de eerste categorie van gevallen is men het algemeen eens. Als zij in die gevallen niet moest worden aangenomen zou men haar in strijd met de wet geheel uitsluiten. Over de laatste bestaat de strijd. Ik zou dien strijd in dien zin willen beslissen dat daarbij van onsplitsbaarheid noch van splitsbaarheid sprake kan zijn en dat alzoo de wet, het splitsen der bekentenis verbiedende, alleen op de eerste categorie toepasselijk is. En zoo stel ik al dadelijk ter zijde het eerste door DIEPHUIS, bl. 126, voor het tegenovergestelde gevoelen aangevoerde argument, „dat art. 1961 geheel algemeen luidt en beide soorten omvat". Dat is het telkens terugkeerende argument, dat de wet niet onderscheidt en dus de uitlegger ook niet mag onderscheiden, en dat wel „omdat de wet algemeen luidt". Ik heb aan dat „luiden" niet genoeg: ik moet eerst weten wat dat „luiden" beteekent. En als dan de onderscheiding eens buiten de wet om gemaakt is, als de wet de gemaakte onderscheiding niet kent maar zooals zij luidt alleen van de eerste

soort kan gelden? Dan onderscheidt de wet zeker niet, maar zij omvat dan niet beide soorten, maar alleen die soort van gevallen, welke zij alleen kent. „Het is zoo", laat DIEPHUIS onmiddellijk volgen, „de bijvoeging van een ander feit is geen bekentenis", „maar", voegt hij er bij, „wat doet dit af"? M. i. alles. Want, als ik dan die bijvoeging laat voor 't geen zij is en mij aan de bekentenis houd, dan splits ik toch die bekentenis niet? „Is niet van de nadere bepaling", dus vervolgt D., „waardoor ik den koop ontkennende beweer dat hij voor een minderen prijs is gesloten, geheel hetzelfde te zeggen"? Ik antwoord: geheel hetzelfde niet, maar wel, dat ook dat geene bekentenis is. Ook hier geldt het: „duo cum faciunt idem, non semper est idem". Al is er in geen van beide gevallen eene bekentenis, niet in beide om dezelfde reden! In het laatste geval is er geen bekentenis omdat men alleen, door splitsing van hetgeen bij elkaar behoort, er een bekentenis van kan maken; in het eerste is er geen bekentenis, omdat de bijvoeging geene bekentenis is en de daaraan voorafgaande bekentenis in volle kracht laat. Splitsen is: verdeelen wat bij elkaar behoort en gescheiden wordende beteekenis verliest of eene andere beteekenis krijgt; splitsen is niet: op zich zelf beschouwen en behandelen twee deelen van eene uitspraak, welke, ieder afzonderlijk, ofschoon zij formeel verbonden zijn, eene zelfstandige beteekenis hebben.

Maar afgezien van de dialectiek, die men in dit laatste gedeelte van mijne bestrijding van DIEPHUIS' redeneering mocht vinden, moet men toch bij de vraag naar de beteekenis van 's wetgevers verbod, om eene bekentenis te splitsen ten nadeele van hem die haar heeft afgelegd, op het karakter der bekentenis en de haar toegekende bewijskracht letten. Wanneer dan de bekentenis bestaat in de erkenning van de waarheid der feiten, die de tegenpartij tot grondslag maakt van hare bewering en dat zij volledige bewijskracht heeft, omdat die erkenning in het nadeel is van dengene die haar aflegt, dan kan aan geene bekentenis die bewijskracht worden toegekend waarin eene erkenning van de waarheid der door de tegenpartij gestelde feiten niet ligt. Daaruit moet volgen, dat eene bekentenis met eene nadere bepaling aan de eischen eener bekentenis, die volledige bewijskracht heeft, niet voldoet. Want wanneer iemand beweert tegen zekeren prijs verkocht te hebben en de tegenpartij beweert tegen lageren prijs gekocht te hebben,

dan erkent hij inderdaad de door den ander gestelde feiten niet, althans niet die feiten in verband met hunne juridieke waarde, waar 't in rechte alleen op aankomt. Het bestaan der koopovereenkomst hangt toch af van overeenstemming omtrent zaak en prijs. De feiten die tot goedmaking der beweerde koopovereenkomst noodig zijn, zijn dus niet erkend en in dien zin kan men zeggen, dat er inderdaad geene bekentenis is. Aan den anderen kant heeft toch de tegenpartij niet ontkend met de andere eene koopovereenkomst te hebben gesloten, ja men kan zelfs zeggen, dat zij dit erkend heeft, maar een andere als de eischer beweert dat er gesloten is. Zal men nu zeggen: daar gij erkend hebt eene koopovereenkomst te hebben gesloten, moet gij maar bewijzen dat gij voor lageren prijs hebt gekocht; tot zoolang gij dit niet hebt gedaan, zal de eischer, wiens beweren gij in de hoofdzaak erkend hebt, ook wel omtrent de bijkomende zaak gelijk hebben? Neen, dan zou men de bekentenis splitsen ten nadeele van wien haar aflegde. Zou men nu wellicht nauwkeuriger spreken door te zeggen dat men dan niet de bekentenis maar de verklaring splitste? Ik twijfel, of men juist deed omdat de verklaring dan toch in den vorm eener bekentenis is afgelegd: in ieder geval is het volkomen gerechtvaardigd dat men eens het karakter van onsplitsbaarheid der bekentenis erkennende, hier van eene onsplitsbare bekentenis spreekt. Gij moet die bekentenis nemen in haar geheel; doet gij dit, dan is er niet in gelegen eene erkenning van de waarheid der door den eischer aangevoerde feiten, en daarmede vervalt ook haar volledige bewijskracht. M. a. w. de bekentenis, zooals zij werd afgelegd, toont de waarheid van de door den eischer gestelde en door hem te bewijzen feiten niet aan; zij betreft andere feiten dan de gestelde. Deze laatste worden veeleer ontkend.

Geheel anders wordt het, wanneer eene bekentenis met eene bijvoeging plaats heeft; wanneer de verweerder de schuld tot welker betaling hij wordt aangesproken erkent te hebben aangegaan, maar hij voegt daarbij, dat hij die heeft betaald. Wanneer nu de eischer om zijne vordering te staven als feiten moest stellen dat de schuld is aangegaan EN niet is betaald, en hij dan ook dit laatste had te bewijzen, dan zou hij natuurlijk niets gevorderd zijn met de erkenning van de schuld en de ontkenning van het niet-betalen. Dan zou de zaak in de gevolgen geheel gelijk staan met de bekentenis met eene nadere bepaling. Men zou dan niet

het eene deel als bewezen mogen aannemen en op grond daarvan den eischer ten nadeele van den gedaagde van het bewijs van het andere deel mogen ontslaan. Men splitste dan in het nadeel van den gedaagde. Maar nu de eischer niet meer behoeft te beweren en te bewijzen dan dat de schuld is aangegaan, dat zij is ontstaan, nu heeft de verweerder in de eerste plaats op dat feit zich te verantwoorden. Beweert hij dat de schuld heeft opgehouden te bestaan, dat zij is betaald, dan is dat eene zelfstandige bewering zijnerzijds die aan zijne bekentenis omtrent het ontstaan der schuld in het minst geen afbreuk doet, ja zelfs die veeleer bevestigt. En wanneer men dan zijne bekentenis aanneemt en hem 't bewijs der betaling oplegt, dan splitst men zijne bekentenis niet, omdat de bewering van te hebben betaald wel formeel gezegd kan worden met de bekentenis verbonden te zijn, maar aan haar inhoud niets verandert. Men zal toch ook hier wel niet op den schijn maar op het wezen der zaak hebben te letten. Daar heeft MALEVILLE, aangeh. bij DIEPHUIS bl. 129, niet aan gedacht, als hij bij den regel der onsplitsbaarheid niet wil weten van eene onderscheiding „si l'aveu contenait des choses connexes ou séparées" en die onderscheiding „plus subtil que vrai" noemt, er bijvoegende: „dès que de la déclaration du débiteur, il résulte que, suivant lui, il ne doit pas, certainement il n'avoue pas la dette". Is er dan geen onderscheid of de schuldenaar zegt: ik ben niet schuldig, dan of hij zegt: ik erken de schuld maar heb betaald? Ook in dit laatste geval beweert hij zeker niet schuldig te zijn, maar hij erkent de schuld te hebben aangegaan en dat is genoeg voor hetgeen de eischer te bewijzen heeft, zoodat nu de schuldenaar moet bewijzen te hebben betaald. Nadeel ontstaat hieruit voor den verweerder ook niet, want op hem wordt geen bewijslast gelegd, die niet reeds op hem door de wet gelegd is. Zeker, het ware voordeeliger voor hem geweest indien hij ontkend had, maar dat is een voordeel dat iedere ontkentenis in strijd met de waarheid afgelegd hem geeft. Men verlieze bovendien niet uit het oog, dat wanneer om die beweerde onsplitsbaarheid, de bekentenis van den verweerder haar kracht moet verliezen, aan den eischer het bewijs wordt opgelegd van een feit dat, zoolang er aan eene bekentenis gehecht wordt, door ieder, door partijen en den rechter beide, als waar wordt aangenomen. Ja, wanneer de eischer dan het ontstaan der schuld door getuigen zou willen bewijzen, dan zou men zich geweld

aan moeten doen om aan te nemen, dat het getuigenverhoor dan zou loopen over daadzaken waarover partijen het niet eens zijn. Daar zijn ook rechtsgeleerden die zich laten verleiden door wat BAUDRY-LACANTINERIE II n°. 1300 p. 892 „une raison pratique" noemt „qu'un débiteur, dont la dette n'est pas justifiée par écrit, n'a pas de motif pour exiger une quittance, lorsqu'il se libère; il ne faut donc pas le rendre victime d'un aveu complexe fait de bonne foi". Ik vraag moet men medelijden hebben met iemand die nadeel ondervindt omdat hij de waarheid spreekt? en moet men op dergelijk medelijden regelen van gerechtigheid doen rusten? Praktisch vind ik dan ook den aangevoerden grond in 't geheel niet. Praktisch is alleen te vragen, wat kan ten gevolge van de beweringen van partijen als waar aangenomen worden en wat is betwist gebleven. En dan moet hij bewijzen die betwist. Dat kan lastig wezen, maar bewijzen is nu eens een last; 't beweren werd anders te gemakkelijk. Men is aan de onsplitsbaarheid van eene bekentenis van schuld met daarbij gevoegde bewering van betaling bijzonder gehecht; maar wie zal die onsplitsbaarheid bevredigen, wanneer zij, en er bestaat in het stelsel geen reden om het te laten, wordt toegepast op de bekentenis van eene verbintenis met bewering dat de schuldenaar in de uitvoering door eene vreemde oorzaak verhinderd was? (Verg. Rechtb. Amsterdam 17 Sept. 1891, W. 6109).

Ik erken dat, wanneer de juistheid van mijne meening wordt aangenomen, de bepaling van art. 1961 wel zou kunnen worden gemist. Wil men evenwel daarin de onsplitsbaarheid ook van bekentenis en hare bijvoeging verstaan, dan is zij alles behalve overbodig. Maar naar aanleiding van hetgeen ik omtrent de bekentenis met nadere bepaling opmerkte, kan zich ook met opzicht tot deze het verbod van splitsing, indien de wetgever de splitsing wil voorkomen, haar nut hebben, opdat alleen aan eene volledige bekentenis dien naam gegeven, en voorkomen worde, dat niet met haren naam ook hare kracht op de bekentenis met nadere bepaling werd overgebracht. De toepassing op de bekentenis met eene bijvoeging vereischt zeker eene uitdrukkelijke bepaling omdat zij exorbitant is, en subversief van de wettelijke begrippen van bekentenis en hare bewijskracht, subversief ook van de regelen in art. 1902 omtrent den bewijslast gesteld. Want gelijk uit het bovenstaande gebleken is: niettegenstaande de bijvoeging is er

eene bekentenis en de bijvoeging neemt hare beteekenis niet weg, zooals de nadere bepaling dit doet, die ten gevolge heeft dat de bekentenis niet meer terugslaat op de door den eischer gestelde feiten. Door de bekentenis om de bijvoeging als niet geschied te beschouwen, fingeert men dat de door den eischer nu te bewijzen feiten betwist zijn, eene fictie, waarvan men met CICERO kan zeggen, dat zij niet mag worden aangenomen omdat een leugen niet kan geduld worden omtrent iets wat niet waar kan zijn. Eindelijk ontslaat men den verweerder van den hem bij art. 1902 opgelegden bewijslast, welke op hem rust die zich op een feit tot tegenspraak van eens anders recht beroept. De bepaling zooals zij nu luidt is niet duidelijk genoeg gesteld om haar op de bijvoeging toe te passen, want splitsing van eene bekentenis heeft niet plaats wanneer eene bekentenis en eene daarmede formeel wel vereenigde maar in zich zelve zelfstandige bewering, ieder op zich zelve worden gewaardeerd. Dit mag althans wel als vaststaande worden aangenomen, dat, als de wet de splitsing niet verboden had, als zij geheel zweeg van deze waardeering eener afgelegde bekentenis, er nauwlijks iemand aan zou hebben kunnen denken — ten zij hij meer aan de fransche traditie die het hoofdargument bij de fransche juristen uitmaakt (zie BAUDRY-LACANTINERIE II, p. 892) dan aan het recht hechtte — om te beweren, dat de bijvoeging aan eene bekentenis van eene bewering als hier bedoeld, de kracht van die bekentenis zou opheffen.

Neemt men eens de vernietigende kracht der bijvoeging aan, dan moet men ook tot de consequentie komen, die DIEPHUIS dan ook zonder omwegen aanneemt, dat zelfs de aan eene bekentenis toegevoegde bewering van eene eigen schuldvordering en het dientengevolge gedaan beroep op compensatie eveneens de bekentenis van hare bewijskracht berooft. De jurisprudentie levert enkele voorbeelden van deze het stelsel veroordeelende consequentie. De Hooge Raad levert een voorbeeld 6 Mei 1892 W. 6182 vernietigende Hof Amsterdam 10 Nov. 1891 W. 6125; verg. H. R. 29 Oct. 1891 W. 6098 en 22 Jan. 1892 W. 6144; Rechtbank Roermond 22 October 1896 W. 6911. DIEPHUIS erkent hier uitdrukkelijk: „beide feiten staan geheel op zich zelve en hebben hun eigen gevolg en werking". Desniettegenstaande vernietigt de bijgevoegde bewering de bekentenis! Letten wij op hetgeen volgt: „maar het tweede (feit) heeft tevens ten gevolge dat mijne schuld, die door

het eerste is ontstaan, door compensatie is te niet gegaan en mijne verklaring moet weder in haar geheel worden gelaten, zoodat de daarin liggende bekentenis niets tegen mij kan bewijzen, zonder dat tevens wordt aangenomen, dat de schuld overeenkomstig de bijgevoegde bewering is opgeheven". Ja, hij gaat nog verder en beweert zelfs, ofschoon daarin niet al zijne medestanders met hem medegaan, dat, wanneer er niet het minste verband tusschen de bekentenis en de bijgevoegde bewering bestaat, hetzelfde moet gelden. „Bijv." zegt hij, „wanneer ik bij de erkenning van het feit, waarop mijn tegenpartij zich beroept de bewering voeg van een ander feit, dat vreemd is en vreemd blijft aan het eerste en zijne gevolgen, dat mijne veroordeeling overeenkomstig den ingestelden eisch niet zal beletten of wijzigen, maar waarop ik in het tegen mij aangevangen geding eene reconventionneele vordering gronden kan". Verband tusschen de erkenning en de bijgevoegde bewering te eischen leidt volgens D. maar al weder tot onderscheiding buiten de wet „tot onzekerheid en onregelmatigheid, waartoe geen aanleiding behoeft te bestaan, wanneer men zich houdt aan de bepaling der wet". Het is alsof men het ongerijmdste maar moet aannemen om aan de moeilijkheid te ontkomen van te oordeelen! Want is er tastbaarder ongerijmdheid mogelijk, dan dat bijv. iemand, die erkent geld ter leen te hebben ontvangen van iemand die hem tot betaling aanspreekt, door tegelijkertijd te beweren dat die schuldeischer tot oplevering van een onroerend goed verplicht is dat hij in zijn bezit heeft en waarvan hij, de schuldenaar, eigenaar beweert te zijn, de kracht van zijn bekentenis zou opheffen, als bekende hij de schuld, mits dat de tegenpartij zijn eigendomsrecht erkende? Ik vraag, met welke redenen kan men toch rechtvaardigen de uitlegging, welke de wetgever dan zou moeten geacht worden te geven aan eene bekentenis met eene bijvoeging, wanneer hij de eerste door de laatste van kracht beroofd acht? Indien de wet dit werkelijk wil, dan laat het zich hooren dat eene partij des te gemakkelijker bekent, omdat zij door eene bijvoeging die bekentenis van hare kracht berooven kan, maar dit is de vraag niet; ik vraag wie zou met gezonde zinnen, afgezien van eenige wettelijke bepaling, aldus eene verklaring bevattende eene bekentenis met eene bijvoeging opvatten? Het mag toch inderdaad geen argument heeten de meer dan banale bewering: „De partij die geloofd wordt waar zij bekent in haar nadeel, heeft

recht om ook geloofd te worden in al wat zij daarbij voegt!" Immers wat iemand bekent wordt juist geloofd, omdat het in zijn nadeel is; dat is het eigenaardige en de kracht van de bekentenis; juist in het nadeelig gevolg zit de grond van hare bewijskracht. Hoe kan op grond daarvan worden aangenomen, dat iemand ook geloof verdient omtrent hetgeen hij bij diezelfde gelegenheid in zijn voordeel beweert, terwijl daaraan anders, zonder bewijs, niet het minste geloof gehecht wordt? Wie ziet niet in dat het iets anders wordt wanneer de bekentenis onder eene nadere bepaling plaats heeft? Immers daar kan men zeggen dat door die nadere bepaling de bekentenis inderdaad ophoudt eene erkenning van de waarheid der posita van de tegenpartij te zijn, zij is in haar vorm eene erkenning maar van andere feiten dan de gestelde en alzoo veeleer eene ontkenning van deze. Men zou door eene splitsing de verklaring analyseeren en, een bestanddeel in het nadeel van dengene die haar aflegde aannemende, in werkelijkheid eene splitsing in het nadeel van dengene die haar aflegde maken. Al wat DIEPHUIS op bl. 133 en 134 als gevolgen van den regel voorstelt lijkt wel heel eenvoudig, maar wiens rechtsgevoel kan daardoor bevredigd worden? Wat op de laatstgenoemde bladzijde over de toelaatbaarheid van het getuigenbewijs gezegd wordt is volkomen onjuist, wanneer men op de werkelijkheid let. Inderdaad zijn de feiten, niettegenstaande de bijvoeging aan de bekentenis, niet betwist. Moet men de bekentenis als niet gedaan beschouwen, dan is dit eene enorme en ontoelaatbare fictie, gelijk hierboven werd opgemerkt, die men alleen dan moet aannemen als de woorden der wet het niet anders dulden. Zonderlinger grond dan DIEPHUIS voor de onsplitsbaarheid, gelijk hij die verstaat, aanvoert op bl. 135, is er moeilijk uit te denken. Hij vindt dien grond in het gelijk recht der eene en der andere partij om zich op die feiten te beroepen, die zij meent in haar belang te kunnen aanvoeren e n o m a a n h a r e b e w e r i n g e n g e l o o f t e z i e n h e c h t e n". Immers dit laatste, waar het hier vooral op aankomt, bewijst niets. Want dat gelijk recht bestaat daarin, dat aan de beweringen alleen geloof wordt gehecht als zij bewezen zijn en, zonder levering van bewijs door dengene van wien de beweringen uitgaan, alleen dan wanneer de andere ze erkent; of nu dit laatste hier aanwezig is, dat is juist de vraag. Zegt de wet dat de kracht van eene bekentenis vervalt door de bijvoeging van eene bewering, dan moeten we dat aannemen, maar

dat eene partij recht zou hebben om, nu zij in eene bekentenis geloofd wordt omdat die in haar nadeel is, ook geloofd te worden in eene bewering die in haar voordeel is, wordt door den aangevoerden grond allerminst gerechtvaardigd. Wil de wet het, wij moeten 't al weder aanvaarden, maar dan mist m. i. de bepaling, waarin de wetgever dat vaststelt, een deugdelijken rechtsgrond.

Indien onze wetgever zich op het voorbeeld van den franschen (art. 1356 C. C.) bepaald had tot het eerste lid van art. 1961, ik zou nauwlijks een reden tot twijfel vinden aan de juistheid van den zin der wet zooals ik dien in de voorafgaande bladzijden ontwikkelde. Het valt echter niet te ontkennen, dat aan het tweede lid, vooral in verband met de toelichting daarvan gegeven, gewichtige argumenten voor de door mij bestreden opvatting kunnen worden ontleend.

Ofschoon Pothier n⁰. 832, op grond van eene uitlating van Bruneman ad Pandectas van hoogst twijfelachtige beteekenis, eene verboden splitsing van de bekentenis ziet in het aannemen als waar van de verklaring dat het geld werd geleend maar niet van de bijvoeging dat het werd terugbetaald, ofschoon ook Jaubert in zijn Rapport au tribunat (Locré XII bl. 536) zich in denzelfden zin uitlaat, sprak de Code, in art. 1356, alleen het verbod der splitsing uit en liet daarmede de vraag open, of dat verbod op de bekentenis moest slaan met nadere bepaling dan of ook de bijgevoegde bewering niet van de bekentenis gescheiden mocht worden, dan wel als eene daarin niet begrepen zelfstandige bewering mocht worden beschouwd. Bij de fransche schrijvers werd de reeds vroeger betwiste vraag in onderscheiden zin beantwoord. Zie de uiteenzetting van het verschil van gevoelen bij Demolombe XXX n⁰. 509, vooral n⁰. 514 vv. Als men hierop let, dan zeker past art. 1961 2e lid volkomen in den gedachtengang der wetmakers, indien zij in de afscheiding der bijvoeging eene splitsing van de bekentenis hebben willen zien. Daar wordt toch den rechter bij uitzondering de bevoegdheid tot splitsing gegeven, indien de schuldenaar tot zijne bevrijding daadzaken heeft aangevoerd welker valschheid bewezen wordt. Dat aanvoeren van daadzaken tot zijne bevrijding past volkomen op de bewering van betaling, dus op eene bijvoeging aan de bekentenis. Deze mag dus naar den regel niet daarvan afgescheiden worden; die afscheiding zou ook eene splitsing zijn. En daarmede

stemt dan weder overeen de opheldering door de Regeering van de bepaling gegeven (VOORDUIN V bl. 541, op art. 1961 II) „dat het b. v. onbillijk zou zijn, dat, wanneer iemand eene schuld erkent, doch daarbij voegt, dat hij die gekweten heeft, men in dat geval zich op zijne erkentenis met gevolg konde beroepen en in den wind slaan hetgeen hij tot zijne bevrijding had aangevoerd". Het is duidelijk, dat onze wetmakers, want niemand sprak de Regeering tegen, toen zij zeide dat „dit in regten was uitgemaakt" de onsplitsbaarheid der bekentenis in dezen, door mij verworpen, zin hebben opgevat, maar is nu ook die opvatting in de wet opgenomen? Ik geloof het niet. De Regeering moge met het toelaten der splitsing duidelijk het oog gehad hebben op eene bijvoeging aan de bekentenis, de toelating van het bewijs der valschheid mocht wel vooral een correctief heeten ten aanzien van dit geval; maar men kan ook wel een nadere bepaling van eene bekentenis op valsche feiten doen steunen en ook dan zal niet minder eene splitsing moeten kunnen plaats hebben. Wanneer dan de Regeering met de Kamers eene verkeerde opvatting van de onsplitsbaarheid gehad heeft, wanneer het gegeven verbod in redelijken zin alleen kan worden verstaan van de splitsing eener bekentenis met nadere bepaling, dan moet ook de uitzondering op het verbod, de toelating van het bewijs der valschheid, tot diezelfde splitsing worden beperkt. En dat is met de bewoordingen waarin de bepaling gesteld is; zeer wel overeen te brengen *).

*) Het komt mij voor dat een kritisch gebruik van de beraadslagingen over de wet moet leiden tot eene beperking van het gezag dat daaraan op de uitlegging der wet behoort te worden toegekend. Vele bepalingen zijn in onze wet ontleend aan den Code, aan het rom. recht, of aan andere bronnen om het gezag door onze wetmakers aan deze rechtsbronnen in 't algemeen toegekend. Nu mogen onze wetmakers de bepalingen, die zij naschreven, in eenen bepaalden zin hebben opgevat, en in den regel in de meest gangbare beteekenis hebben verstaan, het was destijds niet dien zin, die beteekenis der bepaling op zich zelve die men voor recht hield, maar de rechtsbron, welker gezag men erkende, wilde men om dat gezag in de nieuwe wet gehuldigd zien. Wanneer nu de opvatting van den zin der oorspronkelijke bepaling niet in de woorden der wet op ondubbelzinnige wijze is uitgedrukt en een nader ingesteld onderzoek der rechtsbron toont aan, dat zij in een anderen zin behoort te worden verstaan, dat deze laatste zin alleen romeinsch recht of het recht van den Code mag heeten, dan handelt de uitlegger onzer wet m. i. naar den wil des wetgevers om ook dat beter verstand der rechtsbron aan de toepassing onzer wet ten goede te doen komen. Onze wetgever wilde immers die bepaling aldus gemaakt zien gelijk hij deed, omdat hij romeinsch recht in de wet wilde huldigen! Zoo, wanneer de Regeering bij de vaststelling van art. 1961 beweert „dat het in rechte uitgemaakt is dat naar den regel geene beken-

Want ook eene nadere bepaling, waardoor de bekentenis ophoudt eene werkelijke bekentenis te zijn, zal wel moeten gezegd worden in de bekentenis te zijn opgenomen „om de bevrijding van den schuldenaar te bewerken". Ik heb er overigens niet tegen om die bepaling ruim op te vatten en toepasselijk te achten „ook buiten het geval van bevrijding van schuld" (DIEPHUIS bl. 131), mits men zich maar altijd houde aan feiten, behoorende tot eene nadere bepaling van de bekentenis, eene zoodanige nl. waaruit eene voorwaarde, een lagere prijs dan de gevorderde enz. voortvloeit.

Wanneer, gelijk vrij algemeen het geval is en wat ik tot dusver ook onderstelde, het bewijs der valschheid moet geacht worden toegelaten te zijn van het beweren zelf der bevrijding, zoodat tegenover het erkennen der schuld met bewering van betaling, de eischer de onwaarheid der betaling zou moeten bewijzen om de splitsing mogelijk te maken, dan wordt door dit correctief van de onsplitsbaarheid, deze zelve verloochend en in de regeling van den bewijslast de grootste verwarring gebracht. Dit kan ook al niet strekken om de onsplitsbaarheid op erkenning met bewering van betaling toepasselijk te achten. Want tot welk bewijsmiddel de eischer dan worde toegelaten, en men beweert dat hem alle wettige middelen: getuigen, vermoedens en beslissende eed ten dienste staan, bij de toelating tot het bewijs gaat men van de erkenning der schuld uit, wat juist de onsplitsbaarheid verbiedt. Het sterkst komt dit uit, als men den eischer toestaat om de onwaarheid der beweerde betaling door den beslissenden eed te doen uitmaken. Als men toch den schuldenaar den eed opdraagt dat hij betaalde, dan wordt daarbij als waar aangenomen dat hij de schuld aanging. Maar dan is ook de bekentenis gesplitst. Wat de verwarring in den regel omtrent den bewijslast betreft, houde men in het oog, dat ten gevolge van de onsplitsbaarheid der bekentenis, de bekentenis van de schuld te hebben aangegaan geen bewijs meer kan opleveren voor des eischers beweren dat de schuld ontstond. Wil hij nu echter daaromtrent den beslissenden eed

tenis kan worden gesplitst", wanneer zij die onsplitsbaarheid wil omdat die in rechte aangenomen is, dan blijft de uitlegger vrij om die onsplitsbaarheid in de wet gehuldigd te achten, in den zin welke haar naar rechte toekomt, tenzij de wetgever, door de bewoordingen waarin hij den regel formuleerde, daaraan een bepaalden zin gaf, zoodat men door dien in een anderen zin op te vatten met de woorden der wet in strijd zou komen.

opdragen, alsof er geen bekentenis was afgelegd, en dus den gedaagde, die erkent de schuld te hebben aangegaan maar beweert die te hebben betaald, den eed opdragen, dat hij de schuld niet aanging, dan zal die eedsopdracht worden afgewezen, omdat de eed het geschil tusschen partijen niet beslist, daar de gedaagde het aangaan der schuld niet heeft ontkend. De eischer zal derhalve om de valschheid van de aan de bekentenis bijgevoegde bewering van betaling te bewijzen aan gedaagde den eed moeten opdragen van te hebben betaald. Maar dan bewijst hij eischer ten slotte het feit, waarop de gedaagde zich tot tegenspraak van zijn recht beriep, in strijd met art. 1902. — De bezwaren, die er alzoo blijken te bestaan tegen de uitzondering op de onsplitsbaarheid, indien zij wordt toegepast op eene bekentenis met bijvoeging, zijn lang zoo groot niet als zij bij de bekentenis met nadere bepaling wordt te pas gebracht. Want, wanneer bijv. de gedaagde beweert onder voorwaarde gekocht te hebben, dan zal de eischer den gedaagde den eed kunnen opdragen, dat hij niet heeft gekocht, juist zooals de feiten gesteld werden door den eischer. Wanneer hij daarentegen de valschheid van de door gedaagde beweerde voorwaardelijkheid wil bewijzen, draagt hij den eed op dat gedaagde zich niet voorwaardelijk heeft verbonden. Hij blijft derhalve bevoegd ook door den beslissenden eed de door hem zelven gestelde feiten te bewijzen en als hij de valschheid van het beweren van gedaagde bewijst, neemt hij wel formeel den bewijslast over, maar het resultaat van het te leveren bewijs zal wel niet verschillen in het eene of het andere geval. Want in het eerste bewijst hij direct het ontstaan der verbintenis, zooals die door hem werd gesteld, en in het tweede zal ook door het bewijs der valschheid, en dus van het niet bestaan der voorwaarde, zijn positum bewezen zijn. In de opdracht van laatstgenoemden eed splitst hij ook niet de bekentenis, want gelijk de eerste tot onderwerp heeft het positum des eischers, heeft de laatste tot onderwerp het geheele beweren des gedaagden. De verbintenis zonder voorwaarde aangegaan is toch eene andere dan die met voorwaarde. Kan alzoo de door de wet toegelaten uitzondering niet zonder verloochening der onsplitsbaarheid zelve en niet zonder verwarring in de regelen van den bewijslast te brengen, op de bekentenis met bijgevoegde bewering worden toegepast, dan valt deze laatste ook niet in den regel der onsplitsbaarheid en heeft de Regeering bij hare verde-

diging der bepaling een verkeerd voorbeeld gekozen en ook bij de uitzondering een verkeerd voorbeeld aangehaald. De woorden der bepaling kunnen zeer goed ook op eene bekentenis onder nadere bepaling terugslaan, maar zij moeten dan ook daartoe worden beperkt.

Intusschen geloof ik niet, dat de bepaling van art. 1961 § 2 zóó subversief is van alle beginselen als de gemeenlijk daaraan gegeven uitlegging medebrengt. De Regeering zeide in de toelichting: „Men stelle dat iemand in regten is aangesproken tot betaling eener geldsom voor geleende penningen en dat de gedaagde de leening erkent, doch daarbij voegt dat hij dat geld aan den eischer had teruggegeven, toen deze zich in de Oost-Indiën bevond, terwijl laatstgemelde kan bewijzen nimmer het vaderland te hebben verlaten; dan zoude het hoogst onbillijk zijn, indien de bekentenis niet kon worden gesplitst". De Regeering wilde dus blijkbaar niet, dat de eischer zou worden vrijgelaten om de bij de valschheid van de bij bekentenis gevoegde bewering van bevrijding door betaling enz. zelve te bewijzen, maar zij wilde toelaten het bewijs van de valschheid van een feit dat aan de bewering van bevrijding werd toegevoegd. Wordt van zoodanig feit de valschheid bewezen, dan wordt de ernst van het beroep op bevrijding in twijfel gesteld en het vermoeden gewettigd, dat aan de bekentenis die bewering van bevrijding is toegevoegd om van de onsplitsbaarheid misbruik te maken. Laat men het bewijs van zoodanig bijkomend feit toe, dan wordt de onsplitsbaarheid niet verloochend, dan wordt, niettegenstaande de onsplitsbaarheid, de waarheid van het positum des eischers niet verondersteld, dan wordt ook de bewijslast niet overgedragen. Er wordt niet anders toegelaten dan het bewijs van een feit, een bijkomend feit van welks waarheid of onwaarheid de waardeering van de betrouwbaarheid van des gedaagden bekentenis met bijvoeging afhankelijk is. Verstaat men de bepaling zóó, dan is het ook duidelijk, dat het aan de beoordeeling des rechters wordt overgelaten, welk gevolg hij aan de bewezen valschheid van het bijkomend feit heeft toe te kennen en hoe de wetgever hier kan bepalen dat het dàn aan den rechter vrijstaat te splitsen. Moest men hierbij denken aan het geval dat de valschheid van de bijgevoegde bewering zelve, de beweerde bevrijding, werd bewezen, dan is dat vrije oordeel des

rechters onverklaarbaar. Wat DIEPHUIS althans, bl. 131, tot verklaring daarvan aanvoert, begrijp ik niet. Is mijne opvatting juist, dan beoordeelt nu de rechter, of hij de bekentenis als bewijs kan aannemen van het aangaan der schuld, en zoo ja, dan blijft aan den gedaagde het bewijs van de bevrijding, die niettemin waar kan zijn, al is het bijgevoegde feit valsch gebleken. Maar dan blijkt toch ook weer hier de onjuistheid van de toepassing der onsplitsbaarheid op de bekentenis met eene bijvoeging. Want zij leidt dan toch altijd tot aanvankelijke ontheffing van den gedaagde van het bewijs zijner tegenspraak en legt dit eerst op hem, als de valschheid van een door hem aangevoerd feit door den eischer wordt bewezen. Het voorbeeld dat de Regeering voor de toepasselijkheid van de onsplitsbaarheid aanvoerde, blijft niettemin onjuist en daarmede ook het voorbeeld van de uitzondering. De woorden waarin de wet gesteld is zijn ruim genoeg om ze op eene bekentenis met nadere bepaling toe te passen en dewijl deze alleen onder den regel der onsplitsbaarheid valt, daartoe het voorschrift van art. 1961 § 2 te beperken. Ik merk hierbij op dat ook de fransche schrijvers de bevoegdheid erkennen van den eischer om de valschheid van de bij de bekentenis gevoegde bewering te bewijzen, niettegenstaande de Code daarover zwijgt, maar zij hebben dan ook het oog op de geheele bijvoeging niet op een enkel daarbij vermeld feit. „Il ne faut pas interdire à celui qui se prévaut du fait principal le droit de combattre.... par la preuve contraire, les déclarations accessoires du défendeur. Si on lui refusait ce droit, il serait par trop facile au défendeur de paralyser d'avance les moyens de son adversaire en faisant un aveu partiel, qui ne pourrait pas être modifié dans sa teneur". (BAUDRY-LACANTINERIE II p. 893). Dat „il serait par trop facile" verdient de aandacht. Zoo draagt men vuur en water te gelijk aan. Waarom dan maar niet beide te huis gelaten? Het is waar, het water mag maar gebruikt worden als 't vuur al te erg ging woeden en 't wordt daarom slechts onder zeer bezwarende bepalingen verkrijgbaar gesteld.

Wat ik in het voorafgaande omtrent de onsplitsbaarheid van eene bekentenis met bewering van voorwaarde opmerkte, leidt tot hetzelfde resultaat, als wat ik hierboven IV, 1 bl. 28 v. zeide over den bewijslast, wanneer gedaagde beweert de verbintenis voorwaardelijk te hebben aangegaan. Want gelijk daarin van de

zijde des gedaagden eene ontkentenis, zij het eene gemotiveerde ontkentenis, ligt van de verbintenis, zooals die door den eischer tot grondslag zijner vordering werd gemaakt en die deze laatste daarom bewijzen moet, zoo brengt ook de onsplitsbaarheid der bekentenis mede, dat de erkenning van het aangaan der verbintenis, welke in des gedaagden verklaring ook kan gevonden worden, niet mag worden afgescheiden van de nadere bepaling waaronder zij werd gedaan. Die onsplitsbaarheid van de bekentenis leidt er ook toe om ten aanzien van het beweren van eene ontbindende voorwaarde en een termijn hetzelfde te besluiten. Een en ander volgt voldoende uit hetgeen hierboven werd opgenmerkt en daarin ligt dan het antwoord op de vraag, welker beantwoording ik op bl. 30 van Dl. IV, 1 tot de behandeling van de onsplitsbaarheid der bekentenis uitstelde.

Aanm. Ik houd mij overtuigd dat, wanneer de werking van de onsplitsbaarheid der bekentenis in den meer beperkten, door mij verdedigden, zin wordt aangenomen, zij niet alleen in overeenstemming is met de bepaling der wet en den door haar gestelden regel omtrent den bewijslast, maar ook in de rechtspleging tot eene beperking van de dikwijls zoo immoreele protestatiën betreffende de onsplitsbaarheid kan leiden. En die protestatiën, zij blijven immoreel, al kunnen zij haren steun vinden in eene theorie, welke den wil des gedaagden oppermachtig verklaart om eene bekentenis afhankelijk te stellen van den eisch dat ook aan elk ander door hem toegevoegd beweren geloof worde gehecht. Want, al is die eisch op zich zelf niet onredelijk, hij kan in zeer vele gevallen de geheele verklaring maken tot eene uiting van niet dan geveinsde waarheidsliefde. Doch ik ga verder. Die geheele leer der onsplitsbaarheid ook in beperkten zin opgevat, stelt, evenals de theorie van het gemotiveerd ontkennen, waarmede vooral de Duitschers opereeren, de praktijk van het recht op zoodanige wijze afhankelijk van de leer, dat de eisch der gerechtigheid, die „constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi" er onderdoorgaat. Zou men niet tot beter resultaat komen, wanneer men, in plaats van hier te vragen, wie moet bewijzen, en daartoe den innerlijken grond en het wezen der in geschil zijnde rechtsbetrekking te onderzoeken en zich daarbij in vrij abstracte redeneeringen te verdiepen, vooraf de nuchtere

vraag stelde, wat is ten gevolge van de over en weer gevoerde beweringen van partijen in het geding betwist gebleven en wat kan als vaststaande worden aangenomen? Men zou dan wanneer een tot betaling van een koopprijs aangesproken gedaagde beweerde voor lageren prijs gekocht te hebben, niet twijfelen om te zeggen, dat de verkooper moet bewijzen voor den hoogeren prijs te hebben verkocht. Al is het duidelijk, dat er een koopovereenkomst tusschen de partijen zal zijn gesloten, en al behoeft er geen bewijs geleverd te worden omtrent de zaak die verkocht is — als de eischer met den door gedaagde beweerden en alzoo schuldig erkenden lageren prijs geen genoegen neemt en dan niet bewijst de door den gedaagde tegengesproken en door hem gestelde hoegrootheid van den prijs, dan kan hij dien niet betaald krijgen. Want dan is er inderdaad geen koop en verkoop voor dien prijs geweest. Om tot dit resultaat te komen behoeft men geen onsplitsbaarheid der bekentenis aan te nemen en daarmede de zaak te beschouwen alsof er niets bewezen was en dientengevolge den eischer het bewijs van de koopovereenkomst in haar geheel op te leggen. Ook heeft men niet noodig, ten einde den eischer 't bewijs op te leggen, te beweren dat de gedaagde den grondslag der vordering ontkent, dewijl een overeenkomst met een anderen inhoud een andere overeenkomst is, en dat de eischer daarom het sluiten der koopovereenkomst met een hoogeren prijs te bewijzen heeft, men raakt daarmede inderdaad buiten het gebied der werkelijkheid. De eischer moet bewijzen wat hij beweert en wat betwist wordt en nu is er alleen verschil over den prijs. Onze wetgever onderstelt zelf dergelijke bewijsvoering, als hij in art. 10 W. v. K. onderstelt dat eene handeling, en bepaaldelijk een koop, waaraan hij zeker in de eerste plaats dacht, in het algemeen bewezen kan zijn, terwijl er over den prijs der goederen verschil kan bestaan, zoodat daaromtrent dan bewijs door koopmansboeken kan worden geleverd. De Rechtbank te Alkmaar (24 Oct. 1878 W. n°. 4898) zag in art. 10 eene uitzondering op art. 1961. Dit moge al waar zijn maar dan is dat een uitzondering welke de onjuistheid van den regel bevestigt. Den wetgever was daarbij de natuur sterker dan de leer.

En het is niet anders wanneer de handeling door gedaagde beweerd wordt onder eene voorwaarde te zijn gesloten, al is art. 10 daarop niet op dezelfde wijze toepasselijk. De Rechtbank te Rot-

terdam kon toch bij vonnis van 2 Dec. 1893 W. 6649 zeer terecht beslissen dat ontkenning van een gesloten koop met bewering van het sluiten van den koop onder voorwaarde, bij wijze van onsplitsbare bekentenis niet medebrengt dat de handeling niet geheel ontkend of in het algemeen bewezen is. Dit laatste zou, om de bepaling van art. 1961, eerst dan het geval zijn als het sluiten van den koop, zooals de eischer dat stelde, bewezen was en daartoe kan het boek niet dienen. Overigens geldt van het beweren dat de handeling voorwaardelijk werd gesloten volkomen hetzelfde wat ik van de beweerde betaling, bl. 219, opmerkte, dat het onzinnig ware op grond daarvan ook de handeling zelve als niet bewezen te beschouwen en den eischer de verplichting op te leggen de handeling zelve te bewijzen, alsof de verweerder ze ontkend had. Bij eene voorwaardelijke handeling kan men heel juist redeneeren, als men zegt: „de voorwaarde is met de handeling één, en als ik dus eene voorwaardelijke handeling beweer, beweer ik eene geheel andere handeling verricht te hebben dan de eischer stelt", maar, let men op de ware toedracht der feiten en de verhouding van de partijen, dan blijkt het dat zij 't volkomen daarover eens zijn dat zij met elkander hebben gecontracteerd, dat alleen de al of niet aanwezigheid eener voorwaarde betwist is. Dat dan degene die beweert het bestaan daarvan, dit moet bewijzen, is volkomen redelijk. Vordert men toch van den eischer, hetzij op grond van des gedaagden onsplitsbare bekentenis, hetzij op grond van het ontkennen door gedaagde van den grondslag der vordering, dat de eischer eerst van het aangaan der overeenkomst zelve bewijs levere, men laat hem bewijzen datgene, waaraan inderdaad niemand twijfelt en schiet hij dan te kort, dan geschiedt hem onrecht; terwijl, wanneer hij bewezen zal hebben, wat voor ieder reeds duidelijk was, de gedaagde zijnerzijds toch bewijs zal moeten leveren van de door hem beweerde voorwaarde. Waarom dan niet dadelijk? waar is 't onrecht?

Zoo ziet men evenwel, dat men door de onsplitsbaarheid te verwerpen in geval van eene bekentenis onder nadere bepaling, naar gelang van de bijzondere omstandigheden het bewijs tot hetgeen betwist is bepalende, dan eens den eischer het bewijs zal opleggen (van den beweerden hoogeren prijs) dan eens aan den gedaagde (het beding der voorwaarde). In een ander geval van eene bekentenis met nadere bepaling komt de onbruikbaarheid van

de onsplitsbaarheid nog duidelijker uit. Iemand spreekt een ander tot schadevergoeding aan wegens eene hem toegebrachte verwonding; gedaagde erkent de verwonding te hebben toegebracht onder deze nadere bepaling evenwel dat hij in het geval van wettige zelfverdediging heeft verkeerd. Als dan de rechter moet verklaren dat daarin eene onsplitsbare bekentenis ligt, waardoor de eischer niet ontslagen is de gepleegde verwonding te bewijzen, (Rechtb. Maastricht 19 April 1855 bij v. OPPEN, Pasicrisie: bekentenis i. b. z. n°. 153) dan is men zeker geneigd te vragen, voor wiens overtuiging dat bewijs noodig is. Past men de duitsche leer van het gemotimeerd erkennen toe, dan komt men ook tot het resultaat dat de eischer bewijzen moet, als men aanneemt dat de handeling, zooals hij die stelt, een geheel andere is dan die welke de gedaagde beweert verricht te hebben.

Het komt mij daarom voor dat het schrappen der bepaling van art. 1961 een stap zou kunnen zijn tot een rationeeler bewijsvoering en tot een aan de gerechtigheid beter voldoende rechtspraak. Want dat begrip van de ondeelbaarheid der bekentenis is een ondeugdelijk begrip. De bekentenis is ondeelbaar is eene even ondeugdelijke formule, als zij niet teruggebracht wordt tot en verklaard wordt uit de bron waaruit zij voortkwam. Heeft zij BARTOLUS tot auteur (zie Mr. CONINCK LIEFSTING in Themis 2e Verz. X (1863) bl. 463) dan heeft men althans niet aan een Romeinsch jurist te verwijten dat hij de waarschuwing van JAVOLENUS uit het oog verloor: „omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti possit". Het is daarom niet verkeerd definitiones te maken, formules op te stellen of begrippen te formuleeren, maar om 't gevaar dat er uit kan ontstaan, moet men in de samenstelling kritisch te werk gaan en voorts zich er voor wachten, ze onkritisch, zonder te onderscheiden, te gebruiken; want zij zijn niet pasklaar gemaakt voor alles wat ze schijnen te omvatten en zijn ze al eens pasklaar geweest toen ze gemaakt werden, de ontwikkeling van het rechtsverkeer staat niet stil; het stoort zich niet aan formules noch aan begrippen „parum est ut non subverti possit (definitio)" en dan moet de jurist hun den dienst opzeggen en naar betere zoeken. En wanneer dan de formule zelve reeds onkritisch is opgesteld, dan wordt dit nog te meer noodzakelijk. Mij komt het voor dat die ondeelbaarheid van de bekentenis, welke overigens de bron zij waaraan zij ontleend is, gemist kan worden

voor de gevallen waarin hare toepassing boven allen twijfel is, waar nl. eene zuivere en eenvoudige bekentenis van de door de tegenpartij gestelde feiten aanwezig is; en dat buiten die gevallen haar de dienst moet worden opgezegd omdat zij daar geen recht maar onrecht kweekt, in ieder geval verwarring sticht. De inzender van een vonnis der Rechtbank te Assen 5 September 1842, W. 400 acht de onsplitsbaarheid „afkomstig van de eeuwig onveranderlijke natuurwetten die den menschelijken geest besturen". Ik zou daar eerbied voor hebben, als het waar was, maar om het op dit gezag aan te nemen, daarvoor heb ik te veel van die eeuwig onveranderlijke natuurwetten als zeepbellen zien uiteenspatten. Zij hebben trouwens met den ondergang van het natuurrecht, hun grondslag verloren. De Advocaat-generaal, thans Procureur-generaal, bij den H. Raad noemde, in eene conclusie voorafgaande aan het arr. van 2 Januari 1880 W. 4460, de onsplitsbaarheid der bekentenis niet ten onrechte een „uitgeputte materie". Toch zou men haar met niet minder recht onuitputtelijk kunnen noemen. Ik zou wenschen haar in dien zin uitgeput te mogen heeten dat zij aan hare uitputting bezweek en ophield wet en rechtspraak te ontsieren.

Ten aanzien van de in Duitschland geldende beschouwing omtrent de kracht van bewijs der bekentenis bepaal ik mij, met te wijzen op § 262 Civ. proc.-ord. „Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeintrachtigt, dass demselben eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel enthält.

In wie fern eine vor Gericht erfollgte einräumende Erklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständniss anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles".

De eerste § ziet op de bekentenis met eene bijvoeging waarbij alzoo de ondeelbaarheid geheel verworpen wordt, de tweede betreft de bekentenis met nadere bepaling en laat daaromtrent den rechter naar omstandigheden beslissen. Dit is m. i. het juiste door den wetgever in te nemen standpunt. Voor de litteratuur over de bekentenis met nadere bepaling, het z.g. qualifizirtes Geständniss, verwijs ik naar STRÜCKMAN en KOCH Civ. Pr. Ordnung in de 3e aant. op § 262.

Wanneer ik naga, hoe geringe uitwerking de verhandeling van Mr. L. J. VAN RIEMSDIJK in de N. Bijdr. van 1861, Dl. XI, bl. 73,

het uitstekend opstel van een ongenoemd rechtsgeleerde in het Tijdschrift voor het Ned. recht, Dl. VI, bl. 188, het helder gedacht en flink geschreven proefschrift van Mr. J. C. BAUD, Leiden 1877 ter bestrijding van de onsplitsbaarheid èn in beginsel èn zooals zij in onze jurisprudentie is gehuldigd, op de rechtspraak hebben uitgeoefend; wanneer ik zie dat de jongste uitlegger van ons Burgerl. Wetboek de leer der onsplitsbaarheid met DIEPHUIS omhelst in hare meest starre consequentie en zelfs geen melding maakt van mogelijken twijfel aan hare gegrondheid in beginsel en in verband met de bepalingen der wet (zie de Verklaring van het burgerlijk wetboek door Mr. N. F. K. LAND, III, 2e st., bl. 450—454), dan kon bij mij wel de twijfel rijzen, of ik wèl deed mij, in dit mijn werk, zoo lang met het vraagstuk bezig te houden. Doch ik gevoel mij gelukkig noch moedeloos gestemd, noch geneigd tot een scepticisme, dat mij zou aandrijven mij neer te leggen bij een „wat geeft het"! Wellicht wekte ik hier of daar de natuur op om krachtiger zich te betoonen dan de leer. Eene leer die, hetzij men op haar oorsprong let, hetzij op de wijze waarop zij tot eene orthodoxie werd, hetzij op de gronden waarop het geloof in hare orthodoxie zich bestendigde, een der treffendste voorbeelden is van de waarheid der woorden door GOETHE aan Mephistopheles in den mond gelegd: „Es erben sich Gesetz' und Rechte wie eine ew'ge Krankheit fort"!

TITEL II.

GERECHTELIJKE BEKENTENIS. BEWIJSVOERING.

Verhoor op vraagpunten. *)

§ 136. KARAKTER VAN HET RECHTSMIDDEL.

Wat het is. Het verhoor op vraagpunten (in de wet als het hooren van partijen aangeduid) bestaat in de ondervraging van eene der

*) E. ATTEMA. Spec. inaug. de interrogationibus in iure faciendis (def. Lugd. Bat.) Leovardiae 1852; Verhoor op vraagpunten. Acad. Proefschr. door H. GODEFROI (verd. te Leiden) Amsterdam 1879; Handelingen van de Juristenvereeniging 1878, Dl. I, bl.

partijen over tot het geding betrekkelijke feiten, op verzoek van de andere partij door den rechter ingesteld.

Het heeft de strekking om eene verklaring van de tegenpartij omtrent tot het geding betrekkelijke feiten te verkrijgen, waaruit het bewijs daarvan door gerechtelijke bekentenis of door vermoedens of ook een begin van bewijs door geschrifte zou kunnen voortvloeien.

Bewijsmiddel of niet, eene bekentenis van de tegenpartij zal in het burgerlijk geding in den regel den rechter met de meeste gerustheid de waarheid van de erkende feiten doen aannemen. Wat evenwel die waarheid doet aannemen, dat nl. de bekentenis aan de geldelijke belangen van de partij die haar aflegt nadeelig zal zijn, doet deze dikwijls achterwege blijven, omdat de partij die haar zou moeten afleggen het proces niet wil verliezen en zij zich veilig kan rekenen achter den aan de tegenpartij opgelegden bewijslast. Wanneer dan evenwel door die tegenpartij het bewijs niet geleverd kan worden en deze met het „non deficit ius sed probatio" naar huis kan gaan, dan wordt de tegen beter weten aan ontkennende niet in zijn recht gehandhaafd, maar de rechtsprekende rechter is verplicht hem te sterken in zijn onrecht. Hoe dit te voorkomen? Den ontkennende den eed opdragen en hem dus plaatsen tusschen zijn geldelijk belang en zijn geweten? Daarmede is men niet altijd geholpen. Immers men kan niet anders laten zweren dan omtrent een persoonlijk feit, maar bovendien zal men moeten kunnen vertrouwen, dat bij hem wien de eed opgedragen wordt, de macht van het geweten hooger staat dan die van 't geldelijk belang.

Eene ondervraging van de ontkennende partij zelve, waarbij zij allicht niet zal volhouden wat zij, buiten hare tegenwoordigheid, in haar onbekend gebleven schrifturen, gemakkelijk genoeg liet zeggen; waarbij de gemakkelijkheid van het liegen in algemeene bewoordingen door het vragen naar bijzonderheden vervalt en het ontwijkend antwoorden zonder dat de geloofwaardigheid er bij inschiet ook bemoeilijkt wordt, mag een allezins geschikt middel schijnen om eene bekentenis te verkrijgen. Dat kan de beteekenis van een verhoor op vraagpunten zijn, als het op doeltreffende wijze

309—371 (praeadvies van Mr. D. J. Mom Visch), bl. 372—390 (praeadvies van Mr. J. Pinner) en Dl. II, bl. 7—71; Mr. D. Binger, beoordeeling van „die Partheienvernehmung u. s. w." von von Harrasowsky. Wien 1876 in N. Bijdragen 1877, bl. 390; Mr. F. A. T. Weve in Themis 1878 bl. 229.

wordt aangelegd. Die doeltreffende wijze schijnt moeilijk te vinden. Onze wetgever vond haar niet.

Het Canoniek recht — want daarin, niet in de „interrogationes in iure faciundis" van het romeinsche recht, moet de meest verwijderde bron van ons verhoor op vraagpunten gezocht worden, — op bekentenis bijzonder gesteld, liet het stellen van vragen met tusschenkomst des rechters toe door de eene partij, waarop de andere had te antwoorden, nadat de eerste den eed had afgelegd de vragen zonder chicane te hebben gesteld, de andere had gezworen ze zonder chicane te zullen beantwoorden. Weigering om te antwoorden gold als bekentenis. Het daaruit voortgevloeide systeem van de vérplichte beantwoording van de posita des eischers met een credit vel non credit, bij de ord. van LODEWIJK XII van 1499, dat tot onrechtmatigen dwang jegens de partij aanleiding gaf, werd bij ord. van FRANS I van 1539, afgeschaft, welke daarvoor in de plaats stelde de bevoegdheid van partijen om elkander op vraagpunten te doen hooren. Van daar ging dit rechtsmiddel in de ord. van 1667 over, die evenals haar voorgangster de verklaring der ondervraagde partij onder eede behield en de weigering of het wegblijven van die partij met bekentenis gelijkstelde. (Zie dit overzicht bij GLASSON, les sources de la proc. civ. fr. Paris 1882, p. 95). De Code de pr. liet den eed vervallen en liet de gelijkstelling van weigering of wegblijven met bekentenis aan 's rechters oordeel over. Evenzoo onze wet: B. R. I, tit. 3 afd. 9. De in het algemeen aan het Canonieke recht eigene geheime behandeling bleef hier bij ons evenals in den Code behouden. Hoe onafgebroken de filiatie onzer rechtsinstelling voor Frankrijk kan worden opgemaakt, in ons vaderland heeft zij geen wortel geschoten. Hoezeer zij in de Instructie van den Hove van Holland, Zeeland ende Westfriesland van 1531 was opgenomen, art. 128, is zij toch in Holland, om den daarbij voorgeschreven eed, in onbruik geraakt volgens VOET die, voor dit punt zich beroept op v. LEEUWEN Cens. for. II, L. I. c. 29 n°. 33 en GROENEWEGEN ad rubr. ff., h. t. XI, 1, terwijl hij de toepassing er van vermeldt in Friesland en Utrecht en elders, met name in Frankrijk en Duitschland, ad tit. de interr. in iure fac. XI, 1, n°. 4.

Vandaar dan zeker ook dat de instelling in de Manier van procedeeren van 1799 niet is opgenomen; opmerkelijk is echter eene bepaling voorkomende in het Wetboek van 1809, luidende: „Op

gelijke wijze" (als wie gedagvaard is om zijne handteekening of handeling te erkennen of te ontkennen) „zullen partijen, daartoe aangemaand, in allen staat van het geding gehouden zijn, de waarheid te erkennen of te ontkennen van zoodanige feiten als welke gezegd worden door hen zelve gepleegd te zijn, gelijk mede zich te verklaren over de echtheid der stukken, welke tegen hen zijn aangevoerd, wanneer die van henzelve afkomstig zijn; zullende bij gebreke van eene stellige ontkentenis, de waarheid dier feiten, of de echtheid derzelver stukken, worden gehouden voor erkend" art. 613.

Al heeft de Code de pr., en op diens voorbeeld ons Wetboek, de instelling zelve aan de vroegere fransche ordonnantiën en aan het Canonieke recht ontleend, zoo wordt toch hare regeling beheerscht, niet zoozeer door het doel dat men met de instelling beöogt, — want dit is wel het oorspronkelijke gebleven, het verkrijgen nl. zoo mogelijk van eene bekentenis van de tegenpartij — maar vooral door het oogpunt waaruit de bekentenis wordt beschouwd en of de wetgever de tegenpartij daartoe verplicht acht. Als men van het beginsel uitgaat, dat ieder verplicht is aan een ander te geven wat hij hem schuldig is, ook wanneer deze voor zijne vordering het bewijs niet leveren kan, en dat in het algemeen niemand in zijn recht te verkorten, het „neminem laedere", tot die iuris praecepta behoort, welke tot handhaving van eene goede justitie in de wet hunne sanctie moeten vinden, dan zal de regeling van de ondervraging der partij den indirecten dwang tot bekentenis meer bevorderlijk zijn, dan wanneer men het „partes rei favorabiliores" niet eenvoudig als een natuurlijk gevolg van de positie des verweerders beschouwt, maar daarom den gedaagde tegenover den eischer dus in bescherming meent te moeten nemen, omdat hij zoo lijdelijk mogelijk het door den eischer te leveren bewijs kan afwachten. Van een wetgever, die het als eene hardheid beschouwt dat men bewijsstukken in den boezem van de wederpartij ging zoeken, (zie hierboven 1e stuk 2de ed. bl. 205 en vv.) en die het verhoor op vraagpunten een odieus middel achtte, waarschijnlijk omdat dit ook de strekking heeft om een bewijs uit den boezem der tegenpartij te halen; die met het leerstuk van de ondeelbaarheid der bekentenis de tegenpartij het middel aan de hand geeft om het nadeelig gevolg van eene bekentenis te ontgaan en deze daardoor zoo goed als van hare kracht te berooven, — van zulk een wetgever, als de nederlandsche zich op het voorbeeld van den

franschen betoonde, kan eene regeling van het verhoor op vraagpunten, waardoor dit aan zijn doel, het verkrijgen van eene bekentenis, zal voldoen, moeilijk verwacht worden. Dat het middel dan ook eer tot verwikkeling en vertraging van het geding dan tot bevordering van waarheid en recht kan leiden, zal ons bij de behandeling van die regeling zèlve blijken en is in de praktijk reeds lang gebleken. Ik weet niet dat de regeling van onze wet, op de Juristenvergadering bijna eenstemmig veroordeeld, door een ander van onze rechtsgeleerden in bescherming is genomen en als doelmatig verdedigd dan door Mr. A. DE PINTO in zijne Handleiding, op de IXe afd. van tit. III. Dit neemt niet weg dat het rechtsmiddel voorgeeft, — en ook daartoe is het in de wet opgenomen, — de strekking te hebben om daarmede eene gerechtelijke bekentenis of ook vermoedens te verkrijgen terwijl, al is dit wel betwist, het ook een begin van schriftelijk bewijs kan opleveren.

Het verhoor op feiten wordt wel eens een bewijsmiddel genoemd. Ten onrechte. Het is evenmin een bewijsmiddel als het getuigenverhoor een bewijsmiddel is. Maar gelijk het getuigenverhoor eene bewijsvoering is, gelijk daardoor het bewijs door getuigen geleverd wordt, het bewijsmiddel door getuigen in toepassing wordt gebracht, zoo is het verhoor op vraagpunten een middel waardoor het bewijs door bekentenis in toepassing gebracht wordt, het bewijs door bekentenis geleverd wordt. Geleverd, omdat ook hier de tegenpartij, op welke de bewijslast rust, werkzaam is om dat bewijs door bekentenis te verkrijgen. Intusschen is reeds uit de behandeling van de bekentenis als bewijsmiddel gebleken, dat het verhoor slechts eene wijze is waarop bekentenis kan worden verkregen. Terwijl getuigenverhoor voor bewijs door getuigen onmisbaar is, kan de bekentenis ook door eene van de partij uitgaande spontane verklaring, zonder dat de andere partij daartoe handelend optreedt, aan het licht komen. Eigenaardig is hierbij dat de bekentenis, waar een verhoor wordt ingesteld om haar uit te lokken, niet altijd eene uitdrukkelijke verklaring vereischt, maar ook uit stilzwijgen of weigeren om te antwoorden kan worden afgeleid. Art. 244 § 1. Zie boven bl. 202 v.

Het verhoor op feiten heeft eene uitwendige gelijkenis met de verschijning van partijen, die ik in Dl. III § 88 behandelde.

Beide rechtsmiddelen zijn echter niet alleen, gelijk ik t. a. p. aanwees, onderscheiden in strekking, waarvan het gevolg is dat het verhoor alleen op verzoek van eene der partijen, de verschijning ook ambtshalve en nauwelijks anders dan ambtshalve door den rechter wordt bevolen, maar ook hun oorsprong is verschillend. Kwam het verhoor langs den weg der ordonnantiën uit het Canonieke recht, de verschijning van partijen is uit de procedure voor de handelsgerechten afkomstig, waar de verschijning van partijen in persoon verplicht was. „Seront tenus de comparoir en personne pour être ouis par leur bouche" zeide art. 1 van tit. XVI der ord. van 1667, terwijl art. 4 de bevoegdheid aan den rechter toekende om de om wettige reden weggebleven partij, die bij schriftelijke memorie zijn eisch of verwering had toegelicht (art. 2), alsnog te hooren of door een gecommitteerden rechter te doen hooren. En zoo stond ook art. 428 van den C. de pr., waarbij de bevoegdheid van den rechter om partijen in persoon te doen verschijnen eenigzins geregeld was, in onmiddellijk verband met de bepaling van art. 421, volgens hetwelk partijen verplicht waren in persoon of door een daartoe bijzonder gemachtigde te verschijnen. Met het uitlokken van bekentenis had deze verschijning derhalve niets te maken. Dit neemt niet weg dat de samenspreking van den rechter met partijen, welke het gevolg van deze verschijning is, evenals van die in art. 119 C. de pr. en ons art. 49 B. R. toegelaten, tot het afleggen van bekentenissen leiden kan en mag, zoodat daarbij dus ook eene gerechtelijke bekentenis kan worden geconstateerd. Zie blz. 205. Dit gevolg is evenwel geheel accidenteel. Wanneer fransche schrijvers als GARSONNET § 307 p. 420 en vooral § 311 er geen bezwaar in zien om de „comparution personnelle" met het verhoor op feiten in aard en strekking geheel gelijk te stellen en de bepalingen van deze laatste ook op de eerste toepasselijk te achten, dan miskennen zij beider wezenlijk onderscheid en geven alleen toe aan eene zucht om de wet te verbeteren, die in het „interrogatoire", door de wijze waarop zij het regelde, een weinig bruikbaar middel aan partijen in de hand gaf. Niet duidelijker kon dit uitkomen dan bij GARSONNET, die, na eene kritiek van het „interrogatoire", daarop laat volgen: „La comparution personnelle des parties, qu'autorise l'art. 119 . . . ne présente aucun de ces inconvénients", en na dit uiteengezet te hebben besluit met te zeggen: „Le tribunal est d'ailleurs, abso-

lument libre de prescrire la comparution personnelle ou l'interrogatoire sur faits et articles, et, bien qu'il soit plus souvent disposé à ordonner la première, il y hésitera cependant si elle doit entraîner pour une partie un déplacement trop pénible ou trop dispendieux". In de wet dus geen enkel bezwaar. Uit de wetstoepassing, welke wel die van de jurisprudentie schijnt te zijn, blijkt dat de fransche rechters wat durven, als de wetgever stil zit en de rechtspraak in den steek laat. Naar onze bestaande wetgeving mag het onderscheid tusschen beide middelen niet uit het oog worden verloren. Verg. G. L. FIERS SMEDING Ac. prschr. over art. 49 B. R. Leiden 1890 bl. 29 v. Eene andere vraag is evenwel of niet eene zoodanige regeling van beide kon plaats hebben dat zij tot één vereenigd werden en zóó het verhoor op vraagpunten niet beter aan zijn doel zou kunnen beantwoorden. Dus Mr. MOM VISCH in het aang. praeadvies. In het belgische Ontwerp zijn beide instellingen vereenigd doch is daarbij de eigenaardigheid van het verhoor van art. 119 (ons art. 49) uit het oog verloren. L. I. tit. 6 chap. 2 en de toelichting van ALLARD. Het fransche Ontwerp van 1886 vereenigt de regeling van beide middelen in éénen titel doch verandert weinig in de tegenwoordige regeling van l'interrogatoire en houdt het onderscheid tusschen beide in het oog. Evenzoo het nederl. Ontwerp van 1865 doch met deugdelijker bepalingen en belangrijke verbeteringen in het verhoor op vraagpunten. Eene samensmelting van beide instellingen vindt men in het Wetboek van Génève tit. XIII artt. 160—171, de toelichting bij BELLOT p. 147 v. De duitsche Civilprozesordnung kent ons verhoor o. vrp. niet maar geeft aan den rechter de bevoegheid om eene partij, dus ook ééne der partijen, voor zich te doen verschijnen „zur Aufklärung des Sachverhältnisses" § 132.

Waarom de benaming van het rechtsmiddel, dat ik overeenkomstig het spraakgebruik der praktijk „verhoor op vraagpunten", zeker niet in strijd met de wet (art. 237), heb genoemd en dat bij de franschen als „interrogatoire sur faits et articles" bekend was, bij ons is overgebracht in „het hooren der partijen", zooals het opschrift van de 9e afdeeling van tit. III luidt, is mij niet duidelijk. In het Wetboek van 1830 moest het een aequivalent heeten van „l'interrogatoire des parties" (opschrift van tit. III afd. 8) maar dan had men in den holl. tekst beter van ondervraging of VERhooren (in verhoor nemen) der partijen gesproken. Zeker

kan men niet alle eigenaardigheden van eene instelling in hare benaming uitdrukken, de zucht daartoe is bij ons, als men bijv. op de titels onzer wetten let, veel te groot, maar dan komt mij toch, in verband met de beschrijving van art. 237, de eigenaardigheid onzer instelling voor beter uitgedrukt te zijn in: verhoor op vraagpunten, dan in het hooren van partijen. Dit laatste is in de afdeeling: van het verweren en voldingen en in art. 45 beschreven. De ontwerper van 1865 behield in het algemeene opschrift van B. II tit. II afd. XI de uitdrukking: het hooren der partijen, doch onderscheidt dat hooren al dadelijk in „verhoor op vordering van eene der partijen" en „het ambtshalve door den rechter bevolen verhoor".

Het verhoor heeft plaats door den rechter op daartoe gedaan verzoek. De bijzondere punten, welke in de volgende §§ te behandelen zijn, bestaan in 1°. de het verhoor voorbereidende procedure; het verzoek, de vereischten tot de toelating en de wijze waarop deze verkregen wordt; 2°. het verhoor zelf; 3°. voortzetting van de zaak na het verhoor en de bewijskracht der gegeven antwoorden.

§ 137. VOORBEREIDENDE PROCEDURE.

Het verhoor kan alleen op verzoek van eene der partijen, niet ambtshalve door den rechter worden bevolen. Op verzoek.

Het verzoek mag in alle zaken en in elken stand van het geding worden gedaan. Wanneer?

De partij, die hare wederpartij op vraagpunten wil doen hooren, doet dit bij eene incidenteele conclusie ter terechtzitting. Die conclusie moet de feiten, waarover het verhoor zal loopen met de daartoe betrekkelijke vraagpunten inhouden. De vraagpunten mogen niet anders dan over ter zake dienende feiten worden gesteld. Hoe?

De wederpartij wordt ten aanzien van hare gehoudenheid om op de vragen te antwoorden gehoord. Ook dit geschiedt bij eene conclusie ter terechtzitting. Partijen worden dan, als bij andere incidenten, tot pleidooien toegelaten, doch kunnen zich als in andere gevallen aan het oordeel des rechters gedragen. In zoodanige referte aan het oordeel des rechters kan ook het antwoord des verweerders bestaan.

Indien evenwel het verzoek eerst wordt gedaan, nadat de dag voor het houden der pleidooien reeds bepaald is, geschiedt dit bij een aan den rechter in te dienen en aan de wederpartij bij acte van procureur tot procureur te beteekenen verzoekschrift dat de feiten en vraagpunten inhoudt. De wederpartij wordt op dit verzoek, bij gelegenheid van die pleidooien, gehoord. Zij kan haar antwoord alleen mondeling voordragen of daartoe ook eene schriftelijke conclusie doen strekken.

Beschikking. Na aldus partijen gehoord te hebben, heeft de rechter nauwkeurig te onderzoeken of de vraagpunten tot het geschil betrekkelijk zijn; vragen, die hij als strikvragen beschouwt, moet hij evenals de niet tot het geschil betrekkelijke ter zijde stellen. Hij kan ook het verhoor, zoo daartoe termen zijn, geheel van de hand wijzen. Bepaaldelijk kan hij daartoe termen vinden, indien het verhoor verzocht is nadat de dag voor de pleidooien was bepaald en wel zóó laat dat de wederpartij buiten staat is, zich daarover uit te laten.

Het vonnis, waarbij het verhoor wordt toegestaan, houdt tevens in den last aan de wederpartij om op daartoe aangewezen dag en uur te verschijnen voor het rechterlijk collegie in raadkamer.

Verwijderde woonplaats van de wederpartij of voor haar bestaande wettige redenen van verhindering om te verschijnen kan grond opleveren om den kantonrechter van de woonplaats dier partij met het verhoor te belasten. Art. 237—240.

Partijen hebben voor hunne beweringen bewijs te leveren. De rechter heeft geen bewijs noodig om een oordeel uit te spreken. Het „actore non probante reus absolvitur" is in omgekeerden zin eveneens toepasselijk, wanneer de verweerder geen bewijs levert van het feit waarop hij zich tot tegenspraak van eens anders recht beroept. Iets anders is het, als de rechter opheldering noodig heeft om tot oordeelen in staat te zijn en, in zoover als hij daartoe een bewijsmiddel behoeft, als eene plaatsopneming of een bericht van deskundigen, zal hij dit ook zelf kunnen bevelen; partijen weten niet altijd, of en in hoeverre hij een en ander noodig heeft. Ook zal hij een getuigenverhoor ambtshalve kunnen bevelen en daardoor te gemoet kunnen komen aan der partijen meerdere of mindere onverschilligheid, als informeel een bewijsaanbod werd gedaan of als de te bewijzen gestelde feiten eenige wijziging of aanvulling eischen.

Zoo zal hij ook partijen in persoon voor zich kunnen doen verschijnen wanneer de toedracht van zaken hem niet duidelijk is en hij daaromtrent, teneinde juist te oordeelen, opheldering noodig heeft, welke hij van de partijen zelve meent te kunnen verkrijgen. Maar, al mocht hij onderstellen dat eene partij tegen beter weten aan ontkent, het staat niet aan hem haar eene bekentenis te ontlokken; de andere partij heeft voor haar beweren bewijs te leveren en 't ligt allerminst op den weg des rechters het bewijs voor haar te zoeken.

Daarom mag ook de rechter niet ambtshalve een verhoor bevelen, daar dit in de eerste plaats er op gericht is om eene bekentenis te verkrijgen of althans in vermoedens of begin van schriftelijk bewijs, bewijsmateriaal te bekomen. Wordt evenwel dit middel aan eene partij toegestaan, dan heeft ook hier, als bij onderzoek van geschriften en bij getuigenverhoor, de rechter den strijd der partijen te leiden, althans daarop toe te zien en dien zoo goed hij dit kan, in het rechte spoor te houden. Zoo is hier voor het verhoor een verzoek aan den rechter noodig niet alleen dat aan de tegenpartij vragen gesteld worden, maar ook dat de rechter de tegenpartij over de gestelde vragen hoore.

De bevoegdheid om de wederpartij te doen verhooren is in art. 237 zoo ruim mogelijk toegekend. In alle zaken kan het plaats hebben. Natuurlijk geldt ook hier het „frustra probatur quod probatum non relevat". Als de vragen niet ter zake dienende zijn kan 't verhoor tot niets leiden. Daardoor wordt evenwel het middel alleen uitgesloten om de bijzondere omstandigheden van een bepaald geval. Het is niet de aard der zaak in het algemeen die zijne toelating verbiedt. Nu heb' ik nergens in de wet eene bepaling aangetroffen waarin verhoor op vraagpunten met zoovele woorden wordt uitgesloten. Zal dan het: wijl de wet niet onderscheidt mag ook de uitlegger niet onderscheiden, iedere uitsluiting op de zoo algemeen mogelijke bewoordingen der wet „in ALLE zaken" doen afstuiten? Ik geloof het niet. Men moet al dadelijk niet uit het oog verliezen dat het verhoor op vraagpunten geen bewijsmiddel is, maar een rechtsmiddel waardoor bewijsgronden kunnen worden verkregen welke een bewijsmiddel kunnen opleveren. Er bestond voor den wetgever evenmin aanleiding om een verhoor op vraagpunten in bepaalde gevallen te verbieden als hij ergens een ge-

tuigenverhoor verbiedt. Maar gelijk, een getuigenverhoor alleen kan te pas komen waar bewijs door getuigen niet is uitgesloten en waar getuigenbewijs is uitgesloten niet mag plaats hebben (art. 199), zoo moet ook de uitsluiting van het verhoor op vraagpunten en zijne toelating afhankelijk zijn van de uitsluiting of toelating van het bewijsmiddel wat het kan opleveren. Waartoe nu het verhoor op vraagpunten zal leiden is nergens in de wet bepaald, maar daaruit volgt dat het tot verkrijgen van elk bij de wet erkend bewijsmiddel kan strekken waarvoor het geschikt is. Dit moet in ieder geval uit de algemeene bewoordingen waarin de wet het toelaat voortvloeien. Nu zegt men wel dat het vooral beöogt bekentenis uit te lokken, maar het mag zeker eene bijzonderheid heeten, wanneer door een verhoor de bekentenis verkregen wordt van een feit dat in het geding pertinent is ontkend. De vragen zullen in den regel ook wel zijn gericht op zoodanige feiten, uit welker erkentenis vermoedens voor de waarheid van het betwiste feit kunnen worden afgeleid. Ook zal men het verhoor willen gebruiken om een begin van schriftelijk bewijs te verkrijgen, aangenomen dat het van het verhoor opgemaakte procesverbaal daaraan kan voldoen. Zoo zal men dan tot het besluit moeten komen dat, waar bekentenis als bewijsmiddel is uitgesloten en waar noch vermoedens, noch begin van schriftelijk bewijs kan helpen, een verhoor op vraagpunten niet mag worden toegelaten. Deze stelling kan men niet goed maken met het vereischte dat de feiten ter zake dienende moeten zijn, want dat is hier de vraag niet. Er is hier geen sprake van uitsluiting van het verhoor om de bijzondere omstandigheden van een bepaald geval. Zij kan niet anders worden gestaafd dan door dezen m. i. afdoenden grond, dat, evenmin als de wet wil dat een bewijsmiddel langs den voor dat middel in 't algemeen voorgeschreven weg in toepassing gebracht worde in zaken waarin dat bewijsmiddel is uitgesloten, evenmin een middel van bewijsvoering mag worden toegelaten, dat niet dan tot een in de zaak welke het geldt, uitgesloten bewijsmiddel zou kunnen leiden. Of zal men het meer in overeenstemming met een goede justitie achten om, terwijl de wet niet bepaalt, met welk doel het verhoor wordt ingesteld en het in alle zaken toelaat, het altijd toe te laten, te zien wat er van komt, om dan na afloop na te gaan of er bewijsgronden uit te putten zijn, welke een in het voorhanden geval door de wet toe-

gelaten bewijsmiddel opleveren? Men denke eens aan het geval dat het bestaan beweerd werd van eene overeenkomst die, als eene schenking, eene akte vereischt niet probationis maar sollennitatis causa, zooals dat heet; wat zou de meest pertinente bekentenis van den wil om te schenken helpen, wat zou een verhoor op vraagpunten kunnen uitrichten wanneer er geene akte is opgemaakt?

Het komt mij voor dat de hier door mij ontwikkelde beperking van het verhoor met opzicht tot de zaken waarin het kan worden toegepast, ook bij gebreke van uitdrukkelijke bepaling, moet worden aangenomen. Eene uitdrukkelijke beperking streeft zoo licht het doel voorbij. Zoo schreef de ontwerper van 1865 in zijn art. 103: in alle zaken, „waarin de bekentenis als bewijsmiddel geldt". Het doel is goed: „ter voorkoming van nuttelooze incidenten"; maar deze voorkomt men niet zoolang als de burgerlijke wet niet duidelijker bepaalt in welke gevallen, de bekentenis niet geldt; als men niet bepaalt of 't ook toepasselijk is als de enkele bekentenis niet geldt, en of het voldoende is dat de gerechtelijke bekentenis geldt en niet ook de mondelinge buiten rechte afgelegd moet zijn toegelaten. Zeker moet het verhoor niet uitgesloten worden als de buiten rechte afgelegde bekentenis niet mag worden ingeroepen, indien er althans waarde is te hechten aan den grond waarmede het verhoor op vraagpunten indertijd door de Regeering werd aanbevolen als „heilzaam, bijzonderlijk daarom, omdat de wet in de meeste gevallen geen bewijs door getuigen toelaat, wanneer de geëischte som zekere geringe waarde overschrijdt" (bij v. d. Honert § 237 bl. 324). Eindelijk zou ik vreezen dat eene bepaling, als in art. 103, O., wordt voorgesteld, grond gave voor het beweren dat het verhoor alleen kan worden aangewend „om eene erkentenis uit te lokken of om duidelijk te doen uitkomen wat erkend of ontkend wordt". Toelichting op het Ontwerp bl. 163. Vreemd mag zeker de bepaling heeten van het belg. Ontwerp dat, nu het de „comparution personnelle" in het „interrogatoire des parties" liet opgaan, het bijzonder karakter van de eerste geheel over het hoofd ziet, als het in het eerste artikel bepaalt: „En toutes matières, susceptibles d'aveu, et en tout état de cause, le tribunal pourra interroger les parties ou l'une d'elles, sur les faits dont la constatation est utile à la décision du litige". Waarom den rechter, die omtrent de feitelijke toedracht der zaak opheldering verlangt, te verbieden deze langs den weg van verhoor

van partijen zelve te bekomen, in zaken waarin bekentenis niet geldt? Heeft de rechter in deze zaken geen behoefte om de feitelijke toedracht der zaak te kunnen beoordeelen, zich die behoorlijk te kunnen voorstellen?

Wanneer alzoo de in de woorden zoo algemeene toelating van het verhoor in alle zaken beperkt wordt tot de zaken waarin eene gerechtelijke bekentenis als bewijsmiddel geldt, dan staan wij hier voor dezelfde moeilijkheid als wij gehad hebben bij de beantwoording van de vraag, in welke gevallen de bekentenis niet kan worden toegelaten. Niet de aard der zaken op zich zelve, als zij geacht kunnen worden van openbare orde te zijn, strekt hier tot richtsnoer, maar of de wetgever bijzondere bewijsmiddelen heeft voorgeschreven, welke toelating van de bekentenis uitsluiten. Zoo wees ik er straks reeds op dat, waar het geschrift als wezenlijk bestanddeel van eene rechtshandeling geëischt wordt, bekentenis het gebrek van geschrift niet kan goedmaken en een verhoor op vraagpunten geen doel kan treffen, wat het hof van Overijsel, bij arr. 16 Juni 1873 W. 3617, terecht oordeelde het geval te zijn, waar bewezen zou moeten worden dat veranderingen of bijvoegingen in een bestek waren ingewilligd zonder dat daarvan geschrift werd overgelegd, gelijk art. 1646 B. W. vordert; zie ook H. Raad 25 Oct. 1850, W. 1175. Anders, wanneer het geschrift alleen als bewijsmiddel wordt voorgeschreven, zoodat daardoor alleen bewijs door getuigen is uitgesloten, hetwelk door eene bekentenis overbodig kan worden, en toelaatbaar wordt even als bewijs door vermoedens, naar art. 1959, wanneer er begin van schriftelijk bewijs bestaat, gesteld dat men zich dit door een verhoor mag verschaffen. Maar al neemt men dit laatste aan, dan zal het verhoor toch in gedingen over den staat van wettig kind niet kunnen worden toegelaten, omdat daar bepaalde bewijsmiddelen zijn aangegeven en het begin van bewijs bij geschrifte, waarvan art. 320 B. W. spreekt, in verband met hetgeen art. 319 omtrent de vermoedens bepaalt, aanwezig moet zijn en in het geding moet worden overgelegd, zonder dat het eerst door een bijzonder rechtsmiddel, als het verhoor, in het geding zelf wordt gemaakt. Zie rechtbank Groningen 29 Juni 1849 Regtsg. Bijbl. I (1851) bl. 138.

De tot bewijs overgelegde authentieke of onderhandsche akte staat aan de toelating van een verhoor niet in den weg, mits

men de zeer juiste onderscheiding in het oog houde, welke o. a. door BONCENNE, IV. p. 531, wordt gemaakt en welke door de bewijskracht aan deze akten toegekend geheel gerechtvaardigd wordt: „Les actes authentiques, aussi bien que les actes sous signature privée, sont compris dans les généralités des termes de la loi; et c'est même une ample matière à interrogatoire, lorsqu'il s'agit de dol, de fraude, de simulation, de surprise, de l'intention des contractants, de l'interprétation de leur volonté, ou de l'état de leur raison. Mais il ne serait pas permis de l'étendre jusqu'aux énonciations que l'officier public a reçu mission de constater, parceque la pleine foi qui leur est due ne peut être ni détruite, ni ébranlée, que par une inscription de faux". Zie hierboven Dl. IV 1e stuk 2e dr. bl. 128. Bij betwisting van de echtheid van een stuk of bij betichting van valschheid is de bekentenis èn door de bepaaldelijk voorgeschreven bewijsmiddelen (art. 178) èn door de voorgeschreven wijze van procedeeren uitgesloten. Zie daarover hierboven 1e st. 2de dr. bl. 276 *). Gelijk de daar bedoelde verklaringen eene bekentenis overbodig maken en geacht mogen worden tot vermijding daarvan te zijn voorgeschreven, moet ook wel een verhoor op vraagpunten dat een indirecte dwang tot zoodanige bekentenis zou beöogen, niet-ontvankelijk geacht worden. — Waar een beroep op verjaring plaats heeft zal, ook volgens BONCENNE t. a. p. een verhoor omtrent het vroeger bestaan van het recht geheel misplaatst zijn, tenzij, gelijk hij er terecht bijvoegt, de vragen liepen over feiten die de verjaring zouden hebben gestuit. Maar wat te zeggen van de verjaringen, waarvan in art. 2010 B. W. wordt gesproken en waartegen aan hem die zich daarop beroept de eed kan worden opgedragen dat de schuld werkelijk betaald is? Zal nu in stede van eedsopdracht een verhoor op vraagpunten over die betaling kunnen worden gevraagd? Volgens BAUDRY-LACANTINERIE III n°. 1712

*) Daar is evenwel de volgende verduidelijking noodig.

De voorlaatste zin aan den nieuwen regel voorafgaande worde aldaar dus gelezen: „Een en ander geldt ook bij eene betichting van valschheid tegenover welke, volgens art. 180, de verklaring om zich niet van het stuk te willen bedienen of de ontstentenis van eene verklaring daaromtrent, waardoor het stuk buiten het geding wordt gehouden, de erkentenis dat het stuk valsch is overbodig maakt". Aan het slot van den volgenden zin moeten de woorden: „of de betichting van valschheid" worden geschrapt en gelezen worden: »dat van de ontkenning of de niet-erkenning wordt afgezien".

p. 973 zou het Hof van Cassatie die vraag ontkennend beantwoorden, doch die jurisprudentie niet gevestigd zijn, terwijl meerdere Hoven van appèl bevestigend antwoorden. Hij vindt evenwel de ontkennende beantwoording zóó duidelijk geëischt door de wet, die tegenover de zg. praesumtiones iuris et de iure waartoe hier de verjaring behoort, slechts bij uitzondering bewijs toelaat en dus ook niet anders dan het bewijsmiddel dat zij toelaat, dat hij er bijvoegt: al is 't begrijpelijk dat de rechter in bijzondere gevallen er anders over denkt, „ce que l'on comprend moins aisément, c'est qu'une partie de la doctrine l'encourage dans cette voie". En inderdaad de schrijvers zijn verdeeld (verg. DEMOLOMBE XXX n°. 274) doch ik schaar mij liever bij die verdoolden en noem het met MARCADÉ op art. 2274, 2275, 2278 sub. V „tomber dans le judaïsme que de ne pas mettre l'interrogatoire du débiteur sur la même ligne que le serment". Eene vrijwillig afgelegde bekentenis van niet-betaling is hier feitelijk ondenkbaar, als met het volgehouden beroep op verjaring in strijd; zij ware niet dan als eene onbeschaamdheid te denken. Maar het kan toch alleen voor een oneerlijk man minder bezwarend zijn de betaling te bezweren dan daarover een verhoor te ondergaan. De bekentenis kan hier dus niet door de bevoegdheid om den eed op te dragen geacht worden uitgesloten te zijn. De zoo ruime toelating van het verhoor in alle zaken mag hier ook haar gewicht in de schaal leggen.

En zoo zouden ook de zoo uitsluitend luidende woorden van art. 1604 B. W. „alleenlijk kan de beslissende eed worden gevorderd van dengeen die het aangaan der huur ontkent" aanleiding tot uitsluiting van het verhoor o. vrp. kunnen geven. Geldt ook hier wat ik bij art. 2010 omtrent de verhouding van het verhoor en de bekentenis tot den eed opmerkte? Zou men in ernst kunnen beweren dat de wetgever uitdrukkelijk het verhoor op vraagpunten had moeten vermelden als hij ook dit niet had willen uitsluiten? Wat zou men dan denken van eene bijvoeging als deze: „tenzij hij door een verhoor op vraagpunten tot bekentenis werd gebracht"? Dan zou de eerste uitlegger de beste den wetgever verwijten dat hij zoo iets waarlijk niet behoefde te zeggen, omdat in zoodanig geval de huur niet meer werd ontkend. Het vereischte derhalve, dat de huur wordt ontkend laat noodzakelijk het gebruik over van die middelen welke de wet

zelve aan de hand geeft om eene bekentenis of ontkentenis te constateeren. Zoolang de ontkentenis door de belanghebbende partij niet boven allen twijfel vaststaande wordt geacht, kan hij, voordat hij tot den beslissenden eed zijn toevlucht neemt, trachten de ontkentenis te doen vervallen door een middel dat de wet „in alle zaken toelaat": het verhoor op vraagpunten. Het argument, hetwelk door OUDEMAN, I, bl. 275, aan de verkeerde plaatsing van het woord alleenlijk ontleend wordt, moge juist zijn; ik heb het niet noodig.

In alle zaken kan ook op de processueele behandeling der zaken terugslaan. Hier verdient evenwel nauwlijks vermelding dat vroeger zoowel in summiere als in gewone zaken, en ook nu nog in handelszaken zoowel als in burgerlijke zaken in specie, het verhoor toegelaten is. Maar hoe is het met verstekzaken? Ik verwijs daartoe naar hetgeen ik in Dl. II, bl. 210 en Dl. III, bl. 59 opmerkte. Zie ook in BINGER in Themis ald. bl. 58. Al kan de beteekening van een incidenteel vonnis aan een gedaagde die verstek liet gaan na de nieuwe bepaling van art. 89*a* niet meer geacht worden uitgesloten te zijn, hier kan er toch niet aan gedacht worden om de partij die niet in rechte staat op te roepen om gehoord te worden, terwijl er dan ook nauwlijks eene aanleiding voor zou kunnen bestaan. Hoe OUDEMAN bl. 280 van de onderstelling uit kan gaan dat een vonnis waarbij een verhoor wordt bevolen, bij verstek werd gewezen, is mij niet duidelijk. Want òf de verweerder liet verstek gaan op de dagvaarding en dan is er voor het vragen van een verhoor geen reden noch gelegenheid, òf hij antwoordde niet op de conclusie tot verhoor en dan zal de rechter op het incident niet bij verstek vonnissen maar, zonder den verweerder te hooren, als op tegenspraak recht doen en bleef de verweerder dan van 't bevolen verhoor weg, hij zal de in art. 244 gedreigde gevolgen ondervinden. Waar de gedaagde op de dagvaarding verstek liet gaan, kan nog toegepast worden wat in de C. 2 C. de confessis II, 9 gezegd wordt. „Verum si ante quam respondere sic iussus fuerit, cum contumaciter absentari contingat, tunc pro confesso non debet haberi: sed est alias contra eum, tanquam contra contumacem (prout ratio dictaverit) procedendum".

Het verzoek om de wederpartij te hooren kan gedaan worden in elken stand van het geding (art. 237). Dat alzoo van het middel in hooger beroep gebruik gemaakt kan worden, al

wordt het er niet, als in art. 1988 B. W., uitdrukkelijk bijgevoegd, lijdt bij mij geen twijfel. Doch ik heb hier alleen met het geding in eersten aanleg te doen. Nu zoude mij het woord geding, op zich zelf, niet voldoende zijn om het verzoek niet ontvankelijk te achten, vóórdat op den eisch is geantwoord. In strikten zin moge er vóór dat antwoord geen geding zijn en de procureurstelling inderdaad slechts eene voorbereidende handeling zijn voor het geding aan zijde des verweerders; de verweerder heeft zich met die procureurstelling toch tot het geding gereed gemaakt, hij geeft daardoor duidelijk te kennen, het door den eischer aangevangen geding te aanvaarden. Ook vermeldt de wetgever zelf die procureurstelling onder de handelingen die tot het verweer en de voldinging behooren (afd. 2 van tit. III, a. 135). Dan is geding hier de vertaling van het op zich zelf ruimer fr. woord: cause, en de wijze waarop het verhoor in art. 237 wordt toegelaten: „in alle zaken, in elken stand van het geding", staaft mede die ruime opvatting. Maar in het volgend artikel, waar de ruimte van gedachte voor eene angstige bekrompenheid, die onzen wetgever bij de herziening in 1837 beving, plaats maakt, wordt den rechter opgedragen om „nauwkeurig te onderzoeken of de vraagpunten tot het geschil betrekkelijk zijn", en daarmede wordt het „ter zake dienende en niet tot iets anders betrekkelijk" van art. 237 nader bepaald. Nu weet ik wel, dat niet licht een geding wordt aangevangen zonder dat daartoe aanleiding bestaat in een geschil, dat dit er dus wel zijn zal vóórdat op den eisch is geantwoord: doch, waarin dat geschil zal bestaan, kan voor den rechter eerst blijken als het zich in het geding door de beantwoording van den eisch heeft geopenbaard. En als de rechter nu nog wel nauwkeurig moet onderzoeken of de vraagpunten tot het geschil betrekkelijk zijn, dan moet hij niet slechts naar den ingestelden eisch kunnen vooronderstellen, wat het onderwerp van het geschil zal zijn, maar hij moet weten wat het is. Ik geloof dat hierop niet genoeg gelet is door Oudeman I, bl. 277, wanneer hij meent, dat meestal uit vergelijking der voorgestelde vragen met den eisch zal kunnen blijken, of de vraagpunten tot het geschil betrekkelijk zijn. Ook is, dunkt mij, zijn gevoelen met zich zelf in strijd, wanneer hij zegt: „Tot het voorstellen der vraagpunten wordt dus niet volstrekt gevorderd, dat eene partij of beide partijen hebben geconcludeerd, doch de rechter moet kunnen beoordeelen, of de

vraagpunten tot het geschil betrekkelijk zijn". Dit kan de rechter niet omdat eerst uit het antwoord van het geschil kan blijken." „De vergelijking met den eisch" helpt den rechter niet omdat de eisch niet is het geschil. Dat de jurisprudentie verdeeld is, blijkt voldoende uit de aanhaling daarvan bij OUDEMAN. Zie ook v. OPPEN's Pasicrisie, v°. verhoor op feiten n°. 63—80 en laatstelijk Rotterdam 13 April 1891 W 6026. In het voorbijgaan merk ik op, dat het m. i. een volkomen afdoend argument is, wanneer de rechter overweegt dat het geschil dat partijen verdeeld houdt niet vaststaat, zoolang de gedaagde op den tegen hem ingestelden eisch niet heeft geantwoord; ik zie niet in dat dit òf versterkt òf verduidelijkt zou worden door de bijvoeging, als in het Rotterdamsche vonnis, „immers dat zoolang gedaagde niet heeft geantwoord er niet gezegd kan worden dat er tusschen partijen litis contestatie bestaat". In de juristenvergadering van 1878 verklaarde de toenmalige raadsheer in het Hof van 's Bosch, Mr. A. F. DE SAVORNIN LOHMAN, dat het bij de rechterlijke collegies, waarbij hij gefungeerd had, altijd de gewoonte was nooit een verhoor toe te laten vóór het antwoord. Handelingen t. a. p. bl. 32. Bij de partieele herzieningen van 1896, ofschoon zij ook het verhoor van partijen raken, heeft de wetgever het niet noodig geacht dit geschilpunt te beslissen. Hij deed het althans niet. Volstrekt onaannemelijk acht ik het gevoelen van DE PINTO, II, bl. 373, dat het verzoek niet meer zou kunnen worden gedaan nadat er door partijen van weerszijden op de terechtzitting is geconcludeerd. De zaak moge dan voldongen heeten en in staat van wijzen zijn omdat op de genomene conclusien en overgelegde stukken recht kan worden gevraagd. Zoolang dit niet geschied is, zoolang de rechter nog niet de stukken heeft overgenomen om te vonnissen (zie ook arr. H. Raad 20 Juni 1895, W. 6689), of ze in handen van het O. M. heeft gesteld, kan er worden gepleit en de pleidooien behooren zeker tot het geding. Dat het in elken stand van het geding zoo hier als elders de beteekenis zou hebben, welke DE PINTO er aan geeft, is volstrekt onbewezen. Althans geloof ik niet dat er ooit bezwaar in is gevonden dat gedurende de pleidooien eene conclusie werd genomen om alsnog een beroep op de verjaring te doen, waartoe de bevoegdheid in elken stand van het geding wordt toegekend. De fransche schrijvers, waarop DE PINTO zich beroept, rechtvaardigen zijn gevoelen niet. Maar

de rechter had volgens art. 324 C. de pr. de bevoegdheid om een verzoek om verhoor af te wijzen, als het gedaan werd met het doel om de uitspraak te vertragen, wat hij kon aannemen wanneer met het verzoek werd gewacht tot den dag voor de pleidooien bepaald, terwijl het even goed vroeger gedaan had kunnen worden. „Tel est le sens que l'on doit attacher à ces expressions de la loi: sans retard de l'instruction ni du jugement; car s'il fallait les prendre avec la rigueur absolue de leur acception, il n'y aurait jamais d'interrogatoire, puisque ce serait toujours un temps d'árrêt qui retarderait le jugement". BONCENNE IV, bl. 434. Door die woorden, welke in het fransche herzieningsontwerp zijn behouden, te schrappen, omdat men ze alleen in den letterlijken, tot ongerijmdheid leidenden zin, kon verstaan (zie de derde afd. 2e Kamer bij v. D. HONERT § 237 bl. 324, NOORDZIEK B. R. 1827/1828 Dl. II, bl. 452 v.) heeft onze wetgever den rechter een wapen uit de hand genomen om af te snijden het chicaneeren met een op 't laatste oogenblik en terwijl men gereed staat te pleiten, gedaan verzoek, over welke onhebbelijke praktijk ook bij ons geklaagd wordt. Bij de herziening van 1896 heeft de wetgever dit punt in dien zin uitgemaakt dat het verzoek ook nadat de dag voor de pleidooien bepaald is nog gedaan kan worden, doch een maatregel voorgeschreven die strekken moet om daardoor de behandeling van het geding niet te vertragen. Daarover straks nader.

Incidenteele conclusie. Ofschoon het in alle gevallen waarin partijen de medewerking des rechters tot het verrichten van gerechtshandelingen behoeven, beter is van verzoek dan van vordering te spreken (zie Dl. III, bl. 2), bestond daarvoor hier nog deze bijzondere reden, dat de vorm waarin volgens art. 217 (oud), het verzoek moest worden gedaan, een verzoekschrift is. Dit was naar den Code de pr. zeer rationeel, omdat het verzoek uitsluitend aan den rechter was gericht waarop deze, zonder de tegenpartij daarop te hooren, beschikte. Waarom bij ons die vorm werd behouden toen het verzoek aan den rechter gedaan aan de tegenpartij moest worden medegedeeld, ten einde deze de toelating kon tegenspreken, en dus tegenover de tegenpartij als eene vordering moest worden geldend gemaakt, is niet gemakkelijk te begrijpen. Nu ware althans de gewone vorm voor incidenteele vorderingen voorgeschreven, als van zelf aangewezen. En nu de

onderscheiding in de behandeling der zaken naarmate deze summier of gewoon kon heeten verviel, was zeker de eenig rationeele vorm voor het verzoek eene incidenteele conclusie ter terechtzitting, gelijk art. 237 (nieuwe redactie) dit voorschrijft. „Partijen mogen bij incidenteele conclusie verzoeken om elkander" enz.

Inhoud van de conclusie. Zij moet de feiten en de vraagpunten inhouden. De feiten en vraagpunten moeten ter zake dienende en niet tot iets anders betrekkelijk zijn. De Ontwerper van 1865 begreep terecht dat het „niet tot iets anders betrekkelijk" kon worden weggelaten, „als overbodig, voor zoover daarmede wordt uitgedrukt dat de feiten niet vreemd moeten zijn aan het punt in quaestie, wat reeds wordt te kennen gegeven door „ter zake dienende"; en onjuist, voor zooveel daaruit zoude moeten worden afgeleid, dat zij niet, behalve tot het aanhangig geding, ook nog tot iets anders betrekking mogen hebben". Dit laatste is ook naar de bepaling van art. 237 niet aan te nemen en wij mogen derhalve de bepaling tot het „ter zake dienende" beperken. De nadere verklaring vinden wij dan in art. 238 in zoover als dat „ter zake dienende" beteekenen moet „tot het geschil betrekkelijk", daar de rechter alleen de zoodanige, na nauwkeurig onderzoek, mag toelaten. Zie de straks door mij over dit punt gemaakte opmerking op eene vorige bladzijde. Dan hebbe men alleen nog in het oog te houden, dat de wetgever hier alleen spreekt van „ter zake dienende" zonder er, als in art. 203 (oud), en afdoende bij te voegen. Daaromtrent merkt de ontwerper ook zeer juist op, dat de feiten tot het geschil in rechtstreeksch verband moeten staan, al is de beslissing niet, bij uitsluiting van alle andere, daarvan afhankelijk, wat wordt uitgedrukt door het woord afdoende, bij het getuigenverhoor gebezigd. Dat neemt intusschen niet weg dat de beantwoording der gestelde vragen van eenigen invloed moet kunnen zijn op de beslissing van het geschil. Anders wordt de zaak zeker met de aanwending van het middel in het geheel niet gediend. Meerdere fransche schrijvers beweren, dat al vordert de wet alleen „des faits pertinents" zij toch ook „concluans" moeten zijn (zie CARRÉ § 1225 en CHAUVEAU in de aanteekening). Bij ons zijn OUDEMAN t. a. p. bl. 273 en DE PINTO t. a. p. bl. 372 eenstemmig in het gevoelen dat ook mij juist voorkomt. Zie jurisprudentie van den H. Raad in concl. van adv.-gen. POLIS voorafgaande aan arr. 24 Nov. 1876 W. 4064. Hier wordt die

jurisprudentie gezegd overeen te stemmen met de leer der fransche schrijvers en met DIEPHUIS, in Opm. en Meded. IX, bl. 169 vv. Het komt mij voor dat DIEPHUIS in dit betoog de quaestie niet goed stelt, als hij het voorstelt, als wilde DE PINTO zelfs vragen hebben toegelaten die voor beide partijen en voor den rechter geheel onverschillig zijn, indien zij slechts in verband staan met hetgeen in geschil is. De verwerpelijkheid van dit gevoelen zou dan ook niet ten gevolge hebben dat juist ware de meening, volgens welke de feiten, als bij een getuigenverhoor, afdoende zouden moeten zijn. Wat mij met den Ontwerper in dezen juist voorkomt vind ik in het arr. H. R. 24 Nov. 1876 terug, wanneer daar overwogen wordt dat het Hof zegt „dat de vragen niet zullen kunnen leiden tot het verkrijgen van erkentenissen kunnende strekken tot het leveren van het bedoeld bewijs", geenszins dat het bewijs niet rechtstreeks door het verhoor zou kunnen worden geleverd. Dit laatste te eischen zou de H. R. dus afkeuren; dan ware door het Hof geoordeeld dat de vraagpunten afdoende moeten zijn; nu zegt het Hof, m. a. w. en dat is juist, dat zij op de beslissing van invloed moeten kunnen zijn en dat is niet meer dan ter zake dienende.

Er bestaat tusschen de fransche rechtsgeleerden verschil van gevoelen over de vraag of van de ter zake dienende feiten niet moeten worden uitgezonderd de zoodanige welker bekentenis de partij zou kunnen blootstellen aan eene strafvervolging of waardoor zij haar eigen schande zou openbaren. Onder de heerschappij der ordonnantie werd dit door de meest gezaghebbende uitleggers aangenomen en onder den Code vond het gevoelen enkele aanhangers, onder welke DEMIAU en CHAUVEAU. MERLIN evenwel bestreed het als noch in de rede noch in de wet gelegen en met hem stemmen CARRÉ, BERRIAT, THOMINE, FAVARD, DALLOZ, PIGEAU en BONCENNE, allen door CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1225 aangehaald, overeen. DEMIAU, wiens redeneering in de belg. ed. van CARRÉ t. a. p. n[t] 4 is uitgeschreven, beweert zeer algemeen dat het een vereischte is „que les faits soient honnêtes, car on ne peut admettre des faits qui tendraient a dévoiler la turpitude d'une partie", maar hij voegt er dan toch bij dat het anders zou zijn „s'il s'agissait d'établir un dol, parcequ'alors on ne peut se dispenser de mettre en fait toutes les manoeuvres que cette partie peut avoir pratiquées pour y parvenir". Het is duidelijk dat op deze wijze het pad der wet verlaten

wordt en men zich op den breeden weg der willekeur beweegt. CHAUVEAU, die met een diep gevestigde overtuiging het gevoelen van DEMIAU zegt te volgen, en zegt nader uitgesloten te willen zien „tout fait immoral en soi ou qualifié crime ou délit par la loi, wil dan toch weder het wanbedrijf van woeker uitgesloten hebben, „ce délit qui, à vrai dire, n'en est pas un quoiqu'il donne lieu à une poursuite devant le tribunal de police correctionnelle". Het wekt ook al weer geen vertrouwen, dat dit gevoelen om zich staande te houden eene schending van de duidelijke bepaling van art. 1 C. Pénal j°. de wet van 19 Dec. 1850, behoeft. CHAUVEAU beroept zich verder op de gronden uiteengezet in een pleidooi van den advocaat MORIN, hetwelk hij tekstueel mededeelt. Wanneer deze zich daar beroept op de autoriteit van ANTONIUS FABER, die juist als voorbeeld, dat iemand zijn eigen schande niet gedwongen moet worden te openbaren, er op wijst „puta quod usuras centesimas aut alias majores omni iure prohibitas acceperit", dan kan ook daaruit weder de willekeur in de onderscheiding door CHAVEAU gemaakt, blijken. Nu beroept MORIN zich uitsluitend op het gevoelen van oudere rechtsgeleerden vóór den Code doch deze laten een verhoor over dergelijke feiten niet toe, omdat zij den eed daarover niet toegelaten achten, welke gevolgtrekking volkomen juist is, dewijl naar de vroegere en latere ordonnantiën de antwoorden onder eede moesten worden gegeven; „ob metum perjurii"; dat is de grond van de uitsluiting. Die grond valt onder de nieuwe wetgeving weg omdat van beëediging der antwoorden geen sprake meer is. Aangenomen nu al eens dat het verboden ware omtrent feiten als hier bedoeld den beslissenden eed op te dragen, dan kon dit nog geen reden zijn om aan te nemen, dat zij ook bij een verhoor op vraagpunten niet als ter zake dienende zouden mogen worden aangenomen, nu de wet dat verhoor juist over alle ter zake dienende feiten en in alle zaken toelaat. Naar de bepaling van onze wet, art. 1967 B. W., is de eed niet toegelaten in zaken waarin de bekentenis van de partij niet in aanmerking mag worden genomen, maar daaruit kan geenerlei gevolgtrekking met opzicht tot de al of niet toelating van een verhoor over de hier bedoelde feiten worden gemaakt. Dat het beroep op het gezag der schrijvers onder de ordonnantie niets kan afdoen, omdat de reden hunner beslissing onder de latere wetgeving is weggevallen, wordt nog bevestigd

door de omstandigheid dat sommige Hoven in hunne aanmerkingen op het ontwerp van den Code verlangden dat daarin de bepaling werd opgenomen, dat de feiten en artikelen zouden zijn „ni calomnieux, ni captieux, ni préjudiciables aux parties„ et ne pourraient tendre à découvrir leurs turpitudes". Observations de la Cour d'appel de Bordeaux op art. 323. Cour d'appel de Bruxelles, art. 323. Beide deze Hoven verlangden ook behoud van de beëediging. Het Hof van appèl te Agen verlangde: „pourvu que les faits ne soient pas contre les bonnes moeurs, qu'ils tendent à éclaircir le droit des parties". Dan had men volkomen behouden de uitsluiting van feiten nagenoeg op dezelfde wijze aangewezen door Bornier op art. 1 van tit. X der ord. 1667 en de bepaling behouden niettegenstaande de reden, „ob metum perjurii", was weggevallen.

Ik geloof dus dat de „graves autorités" waartegen Chauveau met Morin opkomt, gelijk hebben. Eenig gewicht voor het tegenovergestelde gevoelen zou bij mij kunnen hebben dit argument, dat een verhoor over feiten die tot eene strafvervolging van de verhoorde partij zouden kunnen leiden, ten gevolge heeft dat de burgerlijke rechter, tot op zekere hoogte, zijn ministerie verleent aan een bijzonder persoon om naar het plegen van een misdrijf onderzoek te doen, een onderzoek dat naar geheel andere en bijzonder daarvoor bij de wet vastgestelde regelen behoort te geschieden, hoedanig de wetgever nog bepaaldelijk in een voorschrift als dat van art. 193 aan den strafrechter voorbehoudt. Doch daartegenover staat dat, al huldigt de wetgever in art. 4 Strafv. het beginsel: „le criminel tient le civil en état", hij overigens de uit misdrijven ontstane burgerlijke rechtsvorderingen aan de zelfstandige kennisneming des burgerlijken rechters opdraagt; art. 3 Strafvord. Zelfs volgt uit art. 1956 B. W. dat niet alleen een ontslag van rechtsvervolging maar ook eene vrijspraak van den strafrechter (want daarover spreekt het art. alleen) den burgerlijken rechter niet behoeft te weerhouden naar het onderzoek, of het feit al of niet gepleegd en aan de schuld des vrijgesprokenen te wijten is, om dezen tot schadevergoeding te veroordeelen. Ook daarbij is alzoo de burgerlijke rechter zelfstandig in de beoordeeling van een feit, al kan dit een strafbaar feit zijn. En als in dergelijke zaken geen bewijsmiddel, noch bekentenis, noch vermoedens, noch begin van schriftelijk bewijs is uitgesloten, op welken grond zal men dan a priori een verhoor op feiten niet toelaatbaar achten? Ik besprak

deze vraag, naar aanleiding van hetgeen daarover bij de fransche schrijvers gestreden werd en dientengevolge, evenals zij, in verband met het ter zake dienende der feiten, ofschoon de vraag eigenlijk tot de beteekenis van het in alle zaken behoort. Zie bl. 243 v.

Conclusie van antwoord.

Had de bij den Code de pr. bevolen mededeeling van de gestelde vragen door voorafgaande beteekening aan de wederpartij, al behoefde dit maar 24 uren voor het verhoor te geschieden, reeds bij de fransche processualisten, vooral ook op 't gezag van BELLOT en de Geneefsche wetgeving, tot gewichtige bedenkingen aanleiding gegeven, omdat eene vooraf weloverlegde beantwoording der vragen licht op ontwijking daarvan wordt gericht en het middel daardoor van alle kracht werd beroofd, onze wetgever scheen daarvan in 1828 evenzeer overtuigd en schreef alleen beteekening van het verzoekschrift aan de partij voor zonder overlegging der vraagpunten, welke alleen aan den rechter ter beoordeeling werden gegeven. „L'interrogatoire sur faits et articles, dus BARTHÉLÉMY (redevoering bij v. D. HONERT B. R. Inleiding bl. 152, NOORDZIEK B. R. 1827/1828 I, bl. 8) „aujourd'hui illusoire par une communication préalable, sera d'une grande ressource pour éclairer le juge lorsqu'on l'abandonnera pour ainsi dire à son pouvoir discrétionnaire". In deze woorden komt duidelijk uit, hoezeer men onder den invloed van het Geneefsche wetboek het verhoor van partijen in de „comparution personnelle" van partijen deed opgaan, al werd den rechter niet de bevoegdheid toegekend om het ambtshalve te bevelen. Doch de noodlottige vrees, die den wetgever in 1837 bezielde ten aanzien van elke afwijking van den Code de pr., die in het Wetb. v. 1830 voorkwam, deed hem hier van kwaad tot erger komen. Niet alleen dat hij tot de zoo sterk ook door de Regeering zelve (v. D. HONERT bl. 324, NOORDZIEK II, bl. 552) veroordeelde voorafgaande mededeeling van de vraagpunten terugkeerde, die nu door haar even sterk werd verdedigd (v. D. HONERT t. a. p.), maar eene ongelukkige bepaling in het W. 1830, tegen welke zeer gegronde bedenkingen waren in te brengen, gaf aanleiding dat men nog verder van den goeden weg afweek en een nieuwe gelegenheid tot bestrijding van het middel opende met eene nieuwe verwikkeling der procedure. Het Wetb. van 1830

beval in art. 202 dat de partij op hare gehoudenheid om „op vraagpunten” te antwoorden zou worden gehoord. Dit kon van heel weinig nut zijn, daar zij de vraagpunten zelve niet kende en zoo gaf ook die bepaling een grond, waarop de noodzakelijkheid van voorafgaande mededeeling werd verdedigd. En omdat men deze wilde, dacht men er niet aan of 't soms ook beter ware de nuttelooze bepaling te schrappen. Zoo kregen wij dan eene mededeeling aan de wederpartij van de vraagpunten zelve door de beteekening van het verzoekschrift en in verband daarmede nog de mogelijkheid van eene voorbereidende contradictoire procedure over de vraag, of die vraagpunten wel ter zake dienende of tot het geschil betrekkelijk zijn, of 't ook strikvragen zijn en wat daarbij al verder ter sprake zal komen. In zijne degelijke bestrijding van dien terugkeer tot de fr. wet, met opzicht tot de voorafgaande mededeeling der vraagpunten, liet evenwel de heer QUINTUS (bij v. D. HONERT bl. 326) het door mij gesignaleerde zwakke punt van het Wetb. van 1830 buiten bespreking en hebben wij nu eene instelling van welke het nut dat zij zou kunnen opleveren, door de wijze waarop zij is geregeld wordt weggenomen. De uitdrukking „om op vraagpunten te antwoorden” in plaats van „op de” in artt. 238 (oud) en 239 is nog een overblijfsel van het in W. 1830 aangenomen stelsel. Het is of onze wetgever zich bij de herziening geheel heeft laten beheerschen door de leer verkondigd in een arrest van het Hof van Toulouse, waarvan CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1239 zegt: „que la cour a créé une procédure qui détruit toute l'économie du titre de l'Interrogatoire”, terwijl BONCENNE, daar aangeh., eene vernietigende critiek van het arrest levert. En toch beweerde men in onze Tweede Kamer bij de behandeling van dit punt dat men bij de herziening tot de denkbeelden der fransche wetgeving is teruggekeerd! DE JONGE bij v. D. HONERT op § 237 a. h. e. Opmerking verdient het dat de Regeering in het in 1847 in O. Indië ingevoerde Wetb. van B. R. artt. 230—232 de voorafgaande mededeeling der vraagpunten aan de tegenpartij wegliet en de beoordeeling van het verzoek en het ter zake dienende der feiten geheel en uitsluitend aan den rechter overlaat. Het Ontwerp van 1865 wil alleen de feiten, geen bepaalde vraagpunten, waarover het verhoor loopen zal, medegedeeld hebben, maar laat dan eene voorbereidende procedure over het al of niet ter zake dienende van die feiten toe. M. i. is de formuleering der feiten alleen noodig

omdat de weigering om te antwoorden het gevolg moet hebben, dat zij als vaststaande in het geding kunnen worden beschouwd. Maar de rechter is, dunkt mij, volkomen in staat om uit de gewisselde stukken het al of niet ter zake dienende van de feiten te beoordeelen en vermits zij niet afdoende behoeven te zijn en derhalve uit de toelating van het verhoor niet ontstaat een préjugé van die kracht als uit de toelating van een getuigenverhoor kan voortvloeien, zie ik ook niet in, dat de zelfstandigheid op deze wijze aan den rechter toegekend der partijen zelfstandigheid meer zou schaden dan zij aan hunne beurs voordeelig zijn zou. In Indië schijnt het bezwaar althans niet gevoeld te worden; integendeel de daar op dit punt bestaande regeling gunstig te werken. Verg. de rede van den Staatsraad SWART in de Juristenvergadering, Handelingen t. a. p. II, bl. 62. In die Vergadering werd de voorafgaande mededeeling der vraagpunten zoo goed als eenstemmig afgekeurd. Zie Handelingen t. a. p. bl. 67, maar zelfs bepaalde omschrijving van de feiten wenschte eene meerderheid tegen eene niet onaanzienlijke minderheid niet. Principieele verandering in den Code bevat het fr. ontwerp van 1886 niet. Het belg. ontw. komt vrijwel met de bepalingen van ons Indisch Wetboek overeen.

Voor hem die met deze historische bijzonderheden bekend is, geeft zeker de weglating van dien aanhef van art. 238 (oud) in de nieuwe redactie van dat artikel bij de herziening van 1896 vastgesteld, reden genoeg om te meenen dat, nu de wetgever niet meer voorschrijft dat de wederpartij ten aanzien van hare gehoudenheid om op de vraagpunten te antwoorden zal worden gehoord, hij in zooverre tot het stelsel van den Code, als in het Wetb. v. 1830 gehuldigd, zou zijn teruggekeerd. Daarmede stemt de aanbeveling van het nauwkeurig onderzoek aan den rechter, welke in het Wetb. van 1830 even gepast is als zij in dat van 1838 ongepast was, maar dan ook weder gepast zou geworden zijn, geheel overeen. Doch er schijnt bij de weglating van den aanhef van art. 238 zoo weinig aan al wat voorafgegaan was gedacht dat men zich zelfs niet kon voorstellen, dat hier niet, als bij andere incidenten, de wederpartij in de gelegenheid zou zijn gesteld om op de incidenteele conclusie te antwoorden. Men vergat dat er niet, als in het O. 1865, algemeene bepalingen omtrent de behandeling van incidenten in de wet voorkomen. Verg. O. 1865 M. v. toel. op art. 104 van B. II, tit. 2. Maar men zag bovendien over het hoofd

dat het juist de vraag kon zijn, of niet een voorafgaand incident over de toelating, het middel zelf en de toepassing verlamde. Dat echter alleen in de onderstelling van een debat, het nieuwe 2de lid van art. 237 op rationeele wijze kan worden verklaard, is niet tegen te spreken en alzoo mag het dan als vaststaande worden beschouwd dat, niettegenstaande de partieele herziening van 1896 in 't algemeen vereenvoudiging beoogde, de incidenteele procedure over de al of niet toelaatbaarheid van het verhoor en de deugdelijkheid der vraagpunten is behouden gebleven. Op eenigszins andere gronden wordt de zaak die het hier geldt goed gemaakt door Mrs. Hartogh en Cosman a. w. bl. 105. Dat het eerste lid van art. 237 het verzoek stempelt tot eene incidenteele vordering omdat daar gesproken wordt van eene incidenteele conclusie, blijf ik voor een misverstand houden, omdat de artt. 247—249 van incidenteele vorderingen kennelijk in eene beperkte beteekenis spreken en alleen bij analogie op andere incidenten, die geene vordering in specie tot onderwerp hebben, kunnen worden toegepast. Ik neem de vrijheid hier te verwijzen naar hetgeen ik opmerkte in Dl. III bl. 4. Zoo weinig grond er zou wezen om op een incidenteel ingestelde vordering de tegenspraak uit te sluiten, zoo rationeel zou het kunnen zijn op een incidenteel te kennen gegeven verlangen het antwoord, d. i. het contradictoir debat, uittesluiten. Men zie bepaaldelijk ten aanzien van het verhoor o. vr. de regeling daarvan en de zooeven aangehaalde bepalingen van den C. d. pr. en het Indisch Wetboek. Wanneer men evenwel meent dat een verzoek noodzakelijk een verzoekschrift medebrengt en eene conclusie van zelf eene vordering in zich sluit en zich van de verschillende beteekenissen van vordering geen rekenschap geeft, dan is een verwarring van begrippen niet te ontgaan.

Nu het verzoek bij incidenteele conclusie plaats heeft, kan er van eene bijzondere bekendmaking van het verzoek aan de partij in persoon, waartoe vroeger de beteekening kon gebruikt worden en wat in sommige rechterlijke uitspraken was aangenomen, geen sprake meer zijn.

De verdere behandeling van het verzoek is niet met zoovele woorden in de wet beschreven, maar ligt, gelijk wij zagen, in

de bedoeling en stemt in het algemeen met de behandeling van de incidenteele vorderingen overeen. Daarmede heeft toch dit verzoek de meeste analogie. Referte van de wederpartij aan het oordeel des rechters kan deze voorbereidende procedure bekorten; als de partij niet van antwoord dient, kan de rechter op het verzoek alleen uitspraak doen. Wordt er geantwoord dan kunnen er ook nog meer conclusiën gewisseld worden. Maar toch in het geheel niet meer dan vier en dan de laatste twee alleen op eenparig verzoek van partijen. Zie art. 247 3e lid (nieuw).

De aanbeveling aan den rechter van nauwkeurig onderzoek is op zich zelf wat zonderling, maar laat zich uit het in 1830 aangenomen stelsel verklaren, in hetwelk de rechter zonder verhoor van de wederpartij de toelaatbaarheid der gestelde vraagpunten had te beoordeelen.

Behalve het nauwkeurig onderzoek der vragen in verband met de bedenkingen door de tegenpartij daartegen ingebracht, zal de rechter over de al of niet-ontvankelijkheid van het verhoor met opzicht tot den stand van het geding en zijne niet-toelaatbaarheid met het oog op de zaak waarin het gevraagd wordt, indien de wederpartij daarop beroep deed, hebben te oordeelen.

Wanneer het verzoek gedaan wordt, nadat de dag voor het houden der pleidooien bepaald is, wordt het bij een aan den rechter in te leveren verzoekschrift gedaan, dat aan de wederpartij beteekend moet worden. Indien het juist is wat de HH. Hartogh en Cosman op art. 237 bl. 105 verzekeren, dat in art. 237 de vervanging van het verzoekschrift door eene incidenteele conclusie het verzoek stempelt tot eene incidenteele vordering, dan zou men moeten besluiten, dat het in dit geval geen vordering is. Het ware is, dat we eigenlijk in geen van beide gevallen met eene vordering te doen hebben. Want evenmin hier als bij een getuigenverhoor wordt er eene vordering tegen de partij ingesteld maar wel een verzoek aan den rechter gedaan en daarvoor kan eene conclusie die toch altijd een verzoek aan den rechter inhoudt, even goed gebruikt worden als een verzoekschrift. En waarom dat verzoekschrift aan den rechter ingeleverd, die er toch niet op beschikken mag voordat hij op den dag der pleidooien en tegelijk met die pleidooien het antwoord van de tegenpartij zal hebben vernomen?

Waarom niet eenvoudig eene aan de partij beteekende conclusie voorgeschreven, dan had men ook die nadere conclusie niet behoeven uittesluiten en het aan den rechter te doen verzoek kwam vanzelf op de terechtzitting, terwijl het verzoekschrift nu op de griffie ligt en de verzoeker daarvan toch wel mededeeling zal moeten doen op de terechtzitting om tot het antwoord van de tegenpartij aanleiding te geven. Voeg daar nog bij dat, gelijk de HH. HARTOGH en COSMAN op bl. 106 opmerken, het verhoor na de sluiting van het schriftelijk debat niet onmogelijk gemaakt mocht worden omdat ook de beslissende eed waarmede het verhoor denzelfden grondtrek gemeen heeft, wordt toegelaten in elken stand van het geding. Daargelaten, dat die vooronderstelde gemeene grondtrek in geen geval blijkt in eenige betrekking te staan met de wijze waarop het middel wordt toegepast, zoo blijft de eedsopdracht mogelijk bij de pleidooien maar het verhoor is bij de pleidooien onmogelijk gemaakt; want zou men bij die gelegenheid een verzoekschrift aan den rechter inleveren en dit aan de partij beteekenen? En nu zegge men niet dat dit alles subtiele vormkwesties zijn die zich in de praktijk wel zullen schikken. Met 't laatste punt zal dit toch moeilijk gaan daar men moeite zal hebben het verhoor hier op gelijke wijze als den beslissenden eed te behandelen. En dan behoort een wetgever zich bij 't vaststellen van vormen rekenschap te geven van de reden waarom hij dezen of genen vorm voorschrijft en daarbij op den aard der handeling en de gelegenheid waarbij zij verricht wordt te letten.

In de gevallen, waarin de onderstelling juist is dat het verzoek alleen zou gedaan worden om de pleidooien te doen uitstellen, zal de nieuwe bepaling zeker preventief kunnen werken. Want, nu de al of niet toelaatbaarheid van het verhoor en het ter zake dienende eerst bij de pleidooien het onderwerp van debat kan worden, kan men door een verzoek tot verhoor te doen geen uitstel van de pleidooien meer verkrijgen.

Mocht het evenwel ernstig gemeend zijn, maar komt het zóó laat dat de wederpartij buiten staat is zich daarover uit te laten dan kan de rechter op grond daarvan het verzoek afwijzen, art. 238 § 2. Indien al niet reeds de vorm waarin het verzoek moet gedaan worden het gebruik van het middel bij de pleidooien onmogelijk maakt, gelijk ik zoo even aanwees, dan zou toch de weder-

partij met recht beweren buiten staat te zijn zich er over uit te laten, omdat daartoe toch wel een overleg met den client noodig zou zijn, waartoe natuurlijk geen gelegenheid bestaat. Zoo wordt dan ook om deze reden het verzoek bij de pleidooien zoo goed als onmogelijk, terwijl de eedsopdracht toegelaten blijft; de gemeene grondtrek met den eed geeft ook dus in dit opzicht niets. Heeft evenwel de partij het verzoek tijdig gedaan dan kan het toch eerst bij de pleidooien in behandeling komen en komt het onderzoek van het verzoek, door 't gelijktijdig bepleiten van de hoofdzaak kwalijk tot zijn recht of lijdt dit laatste er onder. Wordt het verhoor dan toegelaten, dan zal men toch met het houden der pleidooien niet nader zijn gekomen tot den afloop van het geding. Het is alzoo m. i. duidelijk dat de wetgever inderdaad aan den ernst en de gegrondheid van een verzoek om verhoor o. vr. na sluiting van het schriftelijk debat, weinig of geen geloof hecht. De duidelijke onderstelling blijft dat het verzoek dan niet veel anders dan een obstructie-middel is, maar dan ware het beter geweest het verzoek eenvoudig niet-ontvankelijk te verklaren. Wilde men dit niet, dan had de gelegenheid behooren gegeven te worden om het incident aftehandelen in den tijd die tusschen de laatste conclusie en de pleidooien ongebruikt pleegt voorbijtegaan. Nu is de handhaving van de toelating van het verhoor in elken stand van het geding, welke beoogd werd, niet veel meer dan schijn. De wetgever geeft met de eene en neemt met de andere hand.

Ofschoon het vonnis den dag en uur voor het verhoor bepaalt en de partij een procureur heeft, die alles voor haar en te haren behoeve verneemt, placht men toch een expeditie van het vonnis te lichten en dit met oproeping om ten bepaalden dage en ure voor den rechter te verschijnen aan de te verhooren partij te beteekenen. De partij zelve moest ook wel gedagvaard worden, daar art. 245 bepaalde, dat als zij niet verschijnt ten dage voor het hooren bepaald en van een wettige reden van verhindering doet blijken, de rechter een anderen dag bepaalt zonder dat zij daartoe opnieuw behoeft te worden gedagvaard. Er bestaat nu geen reden meer voor die beteekening en art. 245 zegt thans eenvoudig dat de rechter een naderen dag tot het hooren bepalen zal. Van eene beteekening aan den procureur kan, na het vervallen van art. 66 oud, geen sprake zijn. De te hooren partij zal èn

van het onderwerp van het verhoor zooals dit in het vonnis bepaald is èn van den tijd voor het verhoor aangewezen door haren procureur worden ingelicht.

Dat het voor eene juiste beoordeeling der zaak van het grootste belang is dat het geheele collegie het verhoor afneemt en het dus niet de gegeven antwoorden uit een stom proces-verbaal te beoordeelen heeft, is duidelijk Het verhoor kan niet meer aan een rechter-commissaris worden opgedragen, behoudens het geval in art. 240 voorzien. De bepaling voor het getuigenverhoor in dezen zin gemaakt moet ook hier hare toepassing vinden. Het heilzame voorschrift van art. 203 ontbreekt echter hier. Dat ingeval van te ver verwijderde woonplaats, de rechter de bevoegdheid heeft om den kantonrechter van de woonplaats der partij met het verhoor te belasten en dat de rechter van de hoofdzaak zich dan met het proces-verbaal van den geheel buiten de verdere behandeling der zaak staanden kantonrechter moet vergenoegen, daarin is niets te veranderen; als men 't betere niet kan krijgen moet men zich met het mindere dat verkrijgbaar is tevreden stellen. Maar dat, buiten dat geval van verwijderde woonplaats, de kantonrechter ook met het verhoor wordt belast en dat dan niet aan een lid van het collegie het verhooren der partij in haar woning wordt opgedragen, zooals art. 328 C. de pr. voorschreef, dit kan ik niet goedkeuren. Waarom kunnen in zoodanig geval niet, evengoed als in art. 493 B.W., een of meer leden van het collegie met het afnemen van het verhoor worden belast? Ik vind de bezuiniging van een wetsartikel, welke de wetgever door deze afwijking van den Code won, in 't belang van eene goede justitie te duur gekocht. Ook de verscheidenheid in de regeling van soortgelijke gevallen (verg. art. 200 § 2 en 3) is niet aanbevelenswaard.

§ 138. HET VERHOOR.

Verschijning in persoon.

De partij welker verhoor werd bevolen moet daartoe in persoon voor den rechter verschijnen. De partij die het verhoor heeft verzocht en beider partijen advocaten en procureurs kunnen bij het verhoor tegenwoordig zijn. — Besturen van openbare instellingen, stichtingen en zedelijke lichamen benoemen een hunner leden om op de vragen te antwoorden. De tegenpartij is bevoegd om de

bestuurders van genoemde rechtspersonen te doen hooren ove feiten die hen persoonlijk betreffen.

De rechter doet aan de daartoe verschenen partij de vragen, die bij het vonnis dat het verhoor toestond zijn toegelaten. De ondervraagde heeft op die vragen te antwoorden zonder eenig geschreven opstel te mogen voorlezen. De partij die het verhoor verzoekt mag, evenals hare praktizijns, door tusschenkomst van den voorzitter naar aanleiding van de gegeven antwoorden vragen doen, uitsluitend evenwel over het onderwerp in de vraag genoemd. In geval van verzet van de wederpartij kan de rechter weigeren de vraag te doen zonder dat daartegen eenige voorziening is toegelaten. Ondervraging.

Aan de leden van besturen tot beantwoording der vragen aangewezen wordt daartoe een bijzondere schriftelijke last gegeven, waarbij de antwoorden vermeld en waarachtig verklaard moeten worden; deze antwoorden mogen worden voorgelezen.

De rechter is bevoegd ambtshalve nog andere vragen te doen.

Van de ondervraging wordt door den griffier een proces-verbaal opgemaakt. Dit wordt aan den ondervraagde voorgelezen en hem de gelegenheid gegeven om in zijne antwoorden zoodanige veranderingen en bijvoegingen te maken als hij noodig oordeelt. Deze veranderingen en bijvoegingen worden geschreven aan het einde of op den kant van het proces-verbaal. Nadat ook hiervan weder voorlezing aan den ondervraagde werd gedaan, wordt het procesverbaal door hem en door den president van het collegie, of den kantonrechter, die het verhoor afnam, met den griffier onderteekend. Proces-verbaal.

Indien de partij weigert te antwoorden wordt daarvan in het proces-verbaal melding gemaakt.

Indien de partij niet verschijnt, zonder van wettige redenen van verhindering te doen blijken, wordt daarvan eveneens in het proces-verbaal melding gemaakt. Zij kan evenwel alsnog worden gehoord, indien zij zich, vóór de uitspraak op de hoofdzaak, daartoe aanmeldt, onder verplichting harerzijds tot betaling der kosten door haar wegblijven veroorzaakt en van schadevergoeding zoo daartoe gronden zijn. Niet verschijning zonder reden.

Indien de partij op den dag voor het verhoor bepaald van wettige redenen van verhindering doet blijken, bepaalt de rechter een anderen dag voor het verhoor. Art. 241—245. Met reden.

Verschijning van de partij in persoon is zeker een noodzakelijk vereischte als het verhoor eenige vrucht zal opleveren. Zoo wordt voor deze gerechtshandeling de vertegenwoordiging door den procureur opgeheven en mag de partij noch hem, noch zijn advocaat, noch iemand anders wie dan ook, met de verschijning ter beantwoording van de gestelde vragen belasten. Ja zelfs mocht, naar het Wetb. v. 1838, noch advocaat noch procureur hem bijstaan. Als de procureur de partij voor den rechter had gebracht, daar haar persoon hem moet, den rechter niet behoeft bekend te zijn, ging hij heen. Zou dit buitensluiten van den eigen procureur zoo bepaald geweest zijn, omdat anders de partij zich beangst zou maken, dat zij soms niet die antwoorden gaf, welke voorzichtigheid en beraamd overleg met de praktizijns aan de partij in den mond deden leggen? Of zou het wezen om elken invloed van de praktizijns op de waarheidsliefde van de partij te keeren, waarom haar natuurlijk ook verboden werd en nog wordt een geschreven opstel voor te lezen? En waartoe wederom dit verbod, als de voorbereidende maatregelen opzettelijk zóó zijn ingericht, dat tot overleg met de praktizijns toch de meest mogelijke gelegenheid gegeven wordt? Daar is bij onzen wetgever van 1838 een hinken op twee gedachten geweest dat op zijne regeling van de instelling een nadeeligen invloed heeft uitgeoefend. Terwijl dan, door 't laatst vermeld verbod, het zonder voorbehoud spreken van de waarheid moest worden bevorderd, werd daarentegen nog weder in tegengestelden zin gewerkt door de tegenpartij en hare praktizijns van het bijwonen van het verhoor uit te sluiten. Alsof 't niet gemakkelijker ware te liegen buiten tegenwoordigheid van dengene die alleen de leugen zou kunnen controleeren, dan in diens aangezicht! Buiten die tegenwoordigheid heeft de ondervraagde niet meer de schaamte voor die tegenpartij maar alleen die voor zich zelven te overwinnen en deze laatste overwinning pleegt wel het gemakkelijkst te zijn. En zoo werd dan hier meteen van twee hoofdbeginselen onzer rechtspraak afgeweken: van dat der openbaarheid en van dat van het hooren van beide partijen. Zie Dl. I, bl. 109, 117. Afgeweken zonder noodzaak, geheel ongerechtvaardigd zoodat niet alleen van eene afwijking maar ook van eene schending dier beginselen mag worden gesproken. Wat GLASSON, Sources p. 96, van den Code de procédure zegt, geldt ook van ons wetboek „où cet incident, sous l'influence du droit canonique, est resté secret". Dat mag

zoo wezen, maar mocht dan de slender der traditie de meest onbetwistbare beginselen van den lateren tijd doen verwaarloozen? Doch op het voorbeeld van het Ontwerp van 1865 (B. II, tit. 2, art. 108) zal nu, volgens art. 241 (nieuw), de verzoekende partij of hare praktizijns niet alleen bij de ondervraging tegenwoordig mogen zijn maar zullen door hen zelfs vragen mogen worden gedaan. Volgens het Ontwerp werden echter alleen de feiten waarover de vragen zouden loopen vooraf vastgesteld en moest nu wel de partij die 't verhoor verzocht de gelegenheid hebben om de vragen zelve te formuleeren. De vragen moeten evenwel door tusschenkomst van den Voorzitter gedaan worden om, gelijk de toelichting van het O. 1865 zegt, „te voorkomen dat het verhoor ontaardt in eene min passende en min doeltreffende redekaveling tusschen partijen". Ook kan de wederpartij zich tegen het doen van die vragen verzetten en kan de rechter weigeren de vraag te doen, zonder dat daartegen eenige voorziening is toegelaten. De rechter zal dan hebben te beoordeelen of de voorgestelde vraag uitsluitend betrekking heeft tot het onderwerp in de bij het vonnis toegelaten vraag genoemd en of zij naar aanleiding van het gegeven antwoord wordt gedaan. Ook zal hij natuurlijk weigeren de vraag te doen, indien zij naar zijn oordeel een strikvraag is. De lijdzaamheid die men in 't algemeen van den rechter bij de instructie der zaak verlangt, mag hierbij wel voor eene bijzondere waakzaamheid plaats maken. Want, gelijk de voorafgaande beteekening der vraagpunten zelve tot al te bedachtzaam overleg der wederpartij over hare antwoorden kan leiden, zoo wordt zij door zoo'n verhoor in de omstandigheden waarin zij verkeert, die nauwlijks den tijd tot behoorlijk nadenken gunnen, licht tot onbedachtzame antwoorden gebracht of tot een haar nadeelig stilzwijgen gedreven. Dat overigens de nu bepaalde wijze van verhooren met de beginselen van onze bewijsleer niet wel strookt, is moeilijk te ontkennen. Men zie de bedenkingen tegen deze inrichting van het verhoor in Handelingen Stat. Gen. 1894/95, II, bl. 1163—66. 1895/96, I, bl. 142. Voorts HARTOGH en COSMAN, bl. 110, 111. Ik betwijfel niet of de heer PIJNAPPEL sloeg met zijne, op bl. 106 a. h. e. aldaar vermelde, opmerking den spijker op den kop. Maar 't blijkt daaruit dan toch dat het vernuft der praktizijns hier zijn invloed zal moeten doen gelden en dat is juist het bezwaar. Als bij eene gelegenheid als deze het vernuft der wederzijdsche praktizijns op den persoon

van een der partijen strijd gaat voeren, dan is er reden om te vreezen dat der gerechtigheid gevaar dreigt en de waarheid allerminst aan het licht komt.

Wie is de partij die in persoon verschijnen moet? Dat is de persoon die het proces voert, die in het geding staat. Mocht iemand zijn proces door een gemachtigde laten voeren, dan doet deze dit op zijn naam, en dan staat hij zelf in het geding. De lastgever zal dus moeten verschijnen. Bij wettelijke vertegenwoordiging, als die door voogden en curators, voert de voogd het proces en staat hij, niet de minderjarige of onder curateele gestelde, in het geding en al mocht het verhoor een persoonlijk feit van den minderjarige betreffen, in het geding daarover is, als in andere handelingen, de wil van den voogd die van den minderjarige, de wil van den curator die van den onder curateele gestelde. Anders is het met opzicht tot de getrouwde vrouw. Als deze optreedt met machtiging van haren man, dan zal zij eveneens door haren man gemachtigd in het verhoor voor den rechter verschijnen om door dezen ondervraagd te worden; en als de man op grond van art. 160 B.W. voor haar verschijnt, dan is daardoor de mogelijkheid voor de vrouw om bijgestaan door haar man te verschijnen niet opgeheven en zal zij toch altijd zelve partij zijn in het geding. Anders waar het geldt zaken betreffende de tusschen man en vrouw bestaande gemeenschap. Het uitsluitend aan den man opgedragen beheer van de goederen van de gemeenschap (art. 179 B. W.) geeft aan hem, uitsluitend aan hem, de bevoegdheid om voor die gemeenschap in rechte op te treden. De vrouw moge in zoodanig geding belang hebben; de uitslag moge evenzeer voor haar als voor den man voordeelig of nadeelig kunnen zijn; zij staat niet in het geding. Een ander, de man, treedt wel ook voor haar op, doch zóó dat háár optreden daardoor wordt uitgesloten.

Voor rechtspersonen, als in art. 242 aangewezen, treden de bestuurders in rechte op. Voor zedelijke lichamen worden deze in art. 1962 B. W. daartoe aangewezen; voor stichtingen moet het wel daaruit volgen dat zij niet anders kunnen optreden. Hare besturen zijn, evenals die van de zedelijke lichamen, minder nog hare vertegenwoordigers dan hare organen te noemen en voor de stichtingen zijn de besturen de uitsluitende organen; andere zijn er niet, zonder

deze bestaan zij zelfs niet. Nu ligt het voor de hand dat men niet alle bestuurders wil doen verschijnen; die omslag kan vermeden worden, men kan hen toch niet allen laten antwoorden. Maar gelijk het antwoord van den een dan bij 't zwijgen van de anderen als het antwoord van allen zou moeten gelden, zoo kan even goed één gemachtigd worden om voor allen te verschijnen en te antwoorden. Waartoe dan behalve eene eenvoudige machtiging om voor allen op te treden nog die geschreven en waarachtig verklaarde antwoorden? Waartoe hier van 't verbod om een geschreven opstel voor te lezen afgeweken? Is de zekerheid om geene andere antwoorden te ontvangen dan die 't geheele bestuur geven wil, alleen op deze wijze te verkrijgen, en is de zekerheid dat zij alzoo verkregen wordt weder zooveel waard dat de waarde van 't verhoor zelf, de vrije, onbevangen verklaring der waarheid te vernemen, daaraan moet opgeofferd worden? Het ontwerp van 1865 bepaalt zich terecht tot eene lastgeving om te verschijnen en spreekt van zedelijke lichamen, stichtingen en vennootschappen van koophandel. Het laat terecht de vermelding van openbare instellingen weg. Men kan die moeilijk nader aanwijzen dan dat het zijn de „établissements publics" van den Code, waarmede men echter niet veel wijzer wordt. Het voegt er terecht de vennootschappen van koophandel bij, omdat deze, rechtspersonen of niet, in ieder geval onder eene bijzondere benaming bekend zijn en door bestuurders optreden. Bij de burgerlijke maatschap hebben derden met de vennooten te doen; de reederij treedt in rechte op door en in haren boekhouder. Art. 327 K.

De bepaling van art. 242 § 2 geeft de gelegenheid om niet alleen den verschijnenden bestuurder of vennoot maar ook anderen, die persoonlijk handelend, in handelingen of bij feiten waarover geschil, mochten zijn opgetreden, te hooren. In dien zin opgevat kan de bepaling doeltreffend zijn. Verg. DE PINTO t. a. p. bl. 381. Daarom behoeft nog niet het feit bij die enkele bestuurders alleen bekend te zijn, terwijl het bestuur collegialiter daarvan onbewust is, zooals de Regeering opmerkte bij v. D. HONERT op § 242, bl. 329. Aan te nemen dat onder „feiten die hen persoonlijk betreffen" zouden moeten worden verstaan feiten die hen buiten hunne betrekking van bestuurders betreffen, ware in strijd met het voor het verhoor gestelde vereischte dat het moet betreffen feiten „ter zake dienende en niet tot iets anders betrekkelijk" in art. 237.

Wat den Staat betreft, onder de openbare instellingen, zedelijke lichamen en stichtingen moge hij niet begrepen zijn, er bestaat geen reden om op hem het middel van het verhoor niet toepasselijk te achten, daar ook hij door zijne organen in rechte optreedt en deze, naar analogie van art. 242, moeten opgeroepen kunnen worden. Wie dan als orgaan van den Staat in het bijzonder geval gedingvoert kan op verzoek der tegenpartij gehoord worden. Maar terecht besliste de H. Raad in 1843, in revisie een door hem in eersten aanleg gewezen arrest vernietigende, dat de Gouverneur der provincie, die als gemachtigde van den Staat in diens naam had gecontracteerd, evenmin als de gemachtigde van een bijzonder persoon partij was in het over het contract gevoerd geding. Verg. Oudeman bl. 272. De wijze waarop het Ontwerp 1865 op dit punt voorziet door de bepaling dat de Staat wordt gehoord in den persoon van het hoofd van het Ministerieel departement, dat meer bijzonder in het geding betrokken is, of in den persoon van een door dat hoofd, bij bijzondere volmacht, aan te wijzen ambtenaar, kan in beginsel juist geacht worden. Doch ik zou den ambtenaar willen aanwijzen die in zijne betrekking het geding voert en dus den Minister alleen dan, wanneer hij in het geding als partij optreedt maar niet „wanneer hij meer bijzonder in het geding betrokken is", wat wel moet opgevat worden in dezen zin dat het geding zijn departement betreft. Ook zou ik aan de partij de bevoegdheid willen toegekend zien om den ambtenaar, die in de zaak waartoe het geding betrekking heeft, handelend opgetreden is te doen hooren. Eindelijk zou ik er niet tegen hebben dat de Minister een ambtenaar kon aanwijzen om voor hem te verschijnen, maar ik zou dien liever bij een bijzondere beschikking of besluit van den Minister zien aangewezen dan dat hem een bijzondere volmacht wordt verstrekt. Dit alleen om de publiekrechtelijke betrekking van den ambtenaar tot den Minister niet uit het oog te doen verliezen.

Van de gemeenten en de provincie spreekt de ontwerper niet. Zijn dat openbare instellingen en alzoo onder het tegenwoordig art. 242 begrepen, of voorziet ook op dit punt voldoende de gemeentewet en de provinciale wet, die den burgemeester en den Commissaris der Koningin voor de gemeente en de provincie in rechte doen optreden? Ik geloof dit laatste.

De bevoegdheid aan den rechter bij art. 241 toegekend om naar

aanleiding van de gestelde vragen ambtshalve nog andere te doen, acht ik ook op de verhooren van bestuurders van toepassing, omdat van deze algemeene bepaling op dit punt in art. 245 niet wordt afgeweken. DE PINTO is, bl. 381, van een ander gevoelen omdat die bevoegdheid des rechters in art. 245 niet is herhaald. Ik zou zeggen dat dit niet behoefde, en dan van zelf sprak doch DE PINTO voegt er bij dat die bepaling niet kon herhaald worden, „vermits toch die antwoorden van een afzonderlijk lid het bestuur niet kunnen verbinden". Dit laatste moge waar zijn. Maar men bedenke dat, al zal de rechter de vragen die hij ambtshalve doet naar aanleiding en in verband met de gestelde vragen doen, hij de onmiddellijke aanleiding daartoe echter zal vinden in de gegevene, vooraf opgestelde, antwoorden. En dat eene nadere toelichting overbodig kan geacht worden bij antwoorden, die vooral soms al te wel overwogen zijn en in schrift gesteld, is, dunkt mij, moeilijk vol te houden. Zal in ieder geval de rechter niet ook hier gerechtigd zijn op het aldus verkregen antwoord zoodanig acht te slaan als bevonden zal worden te behooren? Het gevoelen van DE PINTO zou ten gevolge hebben dat ook de in art. 241 nu toegestane ondervraging, door de partij die het verhoor heeft verzocht, niet toegelaten was. Maar daartegen zou ik hetzelfde bezwaar doen gelden als tegen het door hem tegen de ambtshalve ondervraging van den rechter geopperd.

Van die bevoegdheid om ambtshalve vragen te doen wordt in Frankrijk een ergerlijk misbruik gemaakt. De verzoeker pleegt aan den rechter een aanvullend lijstje van te doene vragen over te leggen. De noodzakelijkheid om vooraf de feiten en vraagpunten te beteekenen heeft daartoe geleid. „L'art. 325 ne permet pas", zegt GARSONNET § 309, II, bl. 427 n^{t} 10, „d'ajouter après coup aux faits énoncés dans la requête, mais c'est un usage constant et on verra au § 311 qu'il répond à un besoin sérieux! en daarmede zijn MERLIN, BIOCHE, BONCENNE en BOITARD-COLMET-DAAGE het eens. In die § 311, waarnaar GARRONNET verwijst, merkt hij zelf op: „indiquer au juge par une note secrète et lui souffler en quelque sorte les questions qu'on désire lui voir poser, c'est un procédé qui manque de franchise et qui, pour n'être pas formellement défendu par la loi (bij ons wel; art. 24 R. O.) n'en est pas moins contraire à son esprit". Indien zoo ergerlijk een misbruik bestond, zou de bevoegdheid aan de partij toegekend om door

tusschenkomst van den Voorzitter vragen te doen als voorbehoedmiddel goedkeuring verdienen.

Het Ontwerp van 1865 geeft in art. 108 uitdrukkelijk aan ieder lid van het rechterlijk collegie de bevoegdheid om vragen te doen. De uitdrukking van de wet: „door den rechter" in art. 241, laat m. i. dit evenzeer toe.

Ofschoon in art. 241 opzettelijk van de aan hem beteekende feiten gesproken werd in plaats van de door de wederpartij opgegevene (v. d. HONERT op § 242, bl. 329), was die uitdrukking toch niet juist. Al zijn het niet meer als in het eerste ontwerp de door de wederpartij opgegeven feiten waarover de andere gehoord wordt en al moesten ze hem beteekend worden, het waren niet de dus beteekende, maar de na verhoor van partijen volgens art. 238 door den rechter toegelaten vragen, welke bij 't verhoor gedaan worden. Nu geen verzoekschrift noch zelfs het vonnis houdende de vraagpunten meer beteekend wordt, wordt in art. 241 (nieuw), te recht gesproken van de vragen, „welke luidens het vonnis zullen worden gedaan" en in art. 242 van de „bij vonnis gestelde" vraagpunten.

Na de voorlezing van het proces-verbaal kunnen door de partij veranderingen of bijvoegingen in hare antwoorden worden gemaakt. Zal zij daarbij mogen tegenspreken wat zij volgens het proces-verbaal zou gezegd hebben en alzoo eene daarin opgeteekende erkentenis doen vervallen? De bevestigende beantwoording dezer vraag acht ik niet twijfelachtig. Verg. bl. 276 hierna.

Wegblijven met of zonder wettige redenen van verhindering. Wanneer reeds ten tijde van het bepalen van den dag van verhoor te voorzien is dat de partij wettige redenen heeft van verhindering om te verschijnen, is het van belang dat haar procureur dit mededeelt, opdat de kantonrechter harer woonplaats volgens art. 240 met dat verhoor worde belast.

Wanneer die redenen evenwel later opkomen en zij op den bepaalden dag zelven verhinderd wordt, ligt het op den weg van haren procureur daarvan voor den rechter verklaring af te leggen. Dat dan geen nieuwe oproeping noodig is tot den dag nader door den rechter bepaald, is rationeel genoeg en de uitdrukkelijke paling daaromtrent in art. 245 (oud), voorkomende kon veilig

vervallen. Want de partij verneemt dien dag van haren eigenen procureur en dit is voor haar voldoende; terwijl de tegenpartij, door hare tegenwoordigheid bij het bepalen van dien naderen dag daarmede evenzeer bekend is.

De wetgever is heel ruim in het toestaan van een verhoor, wanneer de partij, zonder wettige redenen weggebleven, alsnog verlangt verhoord te worden. Hij laat dit immers toe tot aan de uitspraak op de hoofdzaak, art. 244, overeenkomstig art. 331 C. de pr. In den Code is die ruime toelating eene bijdrage tot de verklaring van de in art. 324 voorkomende woorden „sans retard du jugement", maar ook bij ons steunt zij de meest algemeene ook door mij verdedigde meening dat de woorden „in elken stand van het geding" het vragen van een verhoor na de genomen conclusien en zelfs gedurende de pleidooien toelaten. Opmerking verdient daarbij dat eene afdeeling der Tweede Kamer verlangde in de plaats van vóór de uitspraak t. pr. te lezen: vóór het voldingen der zaak, daar de partij zich anders nog nà de pleidooien zou kunnen aanmelden. Die afdeeling begreep dus ook dat de pleidooien tot het voldingen en dus tot het geding behoorden, m. a. w., een stand van het geding uitmaakten.

§ 139. PROCEDURE NA HET VERHOOR. BEWIJSKRACHT.

Wanneer het verhoor is afgeloopen wordt aan de partijen de gelegenheid gegeven om de uitkomst daarvan voor den rechter toe te lichten door over en weer de gevolgtrekkingen uiteen te zetten, welke daaruit voor de beslissing der zaak te maken zijn, m. a. w., de uitkomsten van het verhoor te bepleiten. Procedure.

De rechter kan de partijen onmiddellijk na afloop van het verhoor tot die pleidooien toelaten of een naderen dag daarvoor bepalen.

De rechter zal, naar aanleiding van de pleidooien kunnen overwegen, of uit de antwoorden van de partij eene voor de beslissing der hoofdzaak afdoende erkentenis voortvloeit en, indien de partij tot het verhoor niet is verschenen of geweigerd heeft om te antwoorden, beslissen of de feiten waarover de alzoo onbeantwoord gebleven vragen loopen, kunnen worden gehouden voor erkend. art. 244. Bewijskracht.

Ook zal de rechter in de antwoorden vermoedens voor de te bewijzen beweringen kunnen vinden en daarop recht doen in de gevallen waarin de wet het bewijs door vermoedens toelaat.

Eindelijk kan het verhoor een begin van schriftelijk bewijs opleveren en, indien op grond daarvan tot toelating van bewijs door getuigen werd geconcludeerd, zal de rechter een getuigenverhoor kunnen bevelen.

Levert het verhoor geen resultaat op voor de beweringen van de partij welke het verzocht, dan kan deze bij het voortprocedeeren op de hoofdzaak nog altijd den beslissenden eed opdragen.

Ofschoon men, naar aanleiding van de wijze waarop de wetgever van 1838 het verhoor had geregeld, zou zeggen dat de rechter die het verhoor afnam, volkomen in staat moest zijn het resultaat daarvan te waardeeren en te bepalen, beter zelfs dan de praktizijns der partijen die het verhoor niet hadden bijgewoond, brengt zijne lijdelijkheid mede dat hij moet afwachten wat partijen naar aanleiding van het verhoor nu van hem verlangen. En daartoe moesten wederom de praktizijns van partijen ter terechtzitting optreden. Waren de praktizijns bij het verhoor tegenwoordig, de zaak had onmiddellijk kunnen worden voortgezet of in ieder geval de terechtzitting voor die voortzetting op verzoek van de meest gereede partij worden bepaald. Zoo kon het Ontwerp van 1865 in art. 113 bepalen: „Onmiddellijk na afloop van het verhoor of in eene volgende terechtzitting worden partijen toegelaten om voort te procedeeren". Dit kan, na de veranderingen in de regeling van het verhoor gebracht, nu ook in toepassing komen. Het is geheel in overeenstemming met het rolsysteem en ik zie niet in dat de onmiddellijke voortzetting der zaak door de nieuwe bepaling van art. 202 wordt uitgesloten. Toch zal de toepassing daarvan wel de regel worden. De partijen zullen wel in de gelegenheid moeten zijn, indien er althans geantwoord is, de gegeven antwoorden nader te overwegen en daartoe zullen zij wel van het proces-verbaal nader kennis willen nemen. Art. 335 van den C. de pr. schreef uitdrukkelijk voor dat het proces-verbaal gelicht en aan de tegenpartij beteekend moest worden en ofschoon ditzelfde bij ons met opzicht tot het proces-verbaal van plaatsopneming en verhoor van deskundigen bepaald was, meende de Regeering hier (v. d. Honert op § 246, bl. 331) „dat het ook zonder bepaling

van zelf spreekt, dat de partij die er belang bij heeft hetzelve zal lichten en overleggen; omdat het anders door den rechter, die enkel op de stukken recht spreekt, niet in aanmerking zou kunnen genomen worden".

In die opvatting openbaart zich zeker een ŝtreng formalisme. Een proces-verbaal door den rechter zelven van hetgeen in de instructie van het proces voorviel opgemaakt, zou niet uit zich zelf tot de stukken van het proces behooren? Daartoe zou noodig wezen dat het door een van de partijen in het geding werd gebracht? Het door een van deze te lichten afschrift werd dan een stuk van het geding en het oorspronkelijke ter griffie berustend, door den rechter opgemaakt proces-verbaal, zou door hem beschouwd moeten worden als „non in actis" en alzoo „non in mundo"? Neen, de afschaffing van de noodzakelijkheid der beteekeningen in art. 220 en 234 (oud) voorgeschreven brengt veeleer mede dat het aan iedere partij blijft overgelaten om zich een afschrift van het proces-verbaal te verschaffen. Verg. Dl. IV, 1e st., bl. 53, 54, 97. Het moet eene vergissing van DE PINTO zijn als hij, § 181 sub 3°, bl. 382, meent dat de partij die het proces-verbaal gelicht heeft het bij de stukken zal voegen en aan de wederpartij op haar verlangen op de gewone wijze der artt. 148—150 mededeelen. Immers in deze artt. is sprake van eene mededeeling van een oorspronkelijk stuk waarvan aan de tegenpartij een afschrift is medegedeeld. De overlegging ter griffie van het oorspronkelijke proces-verbaal, hetwelk juist dáár ligt, kan moeilijk door hem bedoeld zijn,

Wanneer ik van de bewijskracht van het verhoor spreek, dan doe ik dit kortheidshalve, in zoover als het verhoor, zelf geen bewijsmiddel zijnde, geen bewijskracht heeft, maar bewijsmiddelen kan opleveren. Zóó kan men zeggen dat de bewijskracht van het verhoor en de daarbij gegeven antwoorden natuurlijk verschillend zal zijn naarmate van het bewijsmiddel dat er uit kan worden afgeleid. Dat dit in de eerste plaats eene gerechtelijke bekentenis zal kunnen zijn, vloeit daaruit voort dat het vooral daarop pleegt aangelegd te worden en het rechtsmiddel ook daartoe door den wetgever is gegeven. Dat ook de weigering om te antwoorden of wegblijven als eene bekentenis kan worden aangenomen van de feiten waarover de vraagpunten zijn gesteld, bepaalt art. 244 en reeds vroeger hebben wij gelegenheid gehad de beteekenis van dit

voor erkend houden te verklaren. Dat dit voor erkend houden niet meer voor den rechter verplicht moest gemaakt worden, zooals nog de Ord. van 1667 op 't voorbeeld van het Canonieke recht, C. 2 de confessis 2, 9 in 6°, bepaalde, zag de fr. wetgever (art. 330 C. de pr.), en op zijn voorbeeld de onze, goed in. De wijze vooral waarop en de reden waarom de weigering plaats heeft, ook de inhoud der vraag die onbeantwoord bleef, kan den rechter een afdoenden grond opleveren om daarin geen erkentenis te vinden. Doch zijne bevoegdheid om dit wèl te doen is de eenig afdoende sanctie voor de opvolging van den door hem gegeven last tot verhoor. Maar opdat deze sanctie doel treffe, is het ook wel noodzakelijk dat de feiten waarover het verhoor loopen zal en waarover dus vragen zullen gedaan worden, bij vonnis worden vastgesteld. En als de partij verklaart zich de zaak niet meer te herinneren? Zeker kan dit met eene weigering om te antwoorden gelijk staan, maar dan komt nog meer uit, hoe noodzakelijk het is den rechter naar omstandigheden over de gevolgen te laten oordeelen. Reeds door de uitleggers van de Ord. van 1667 werd dit aangenomen (RODIER op art. 8 tit. X), niettegenstaande art. 4 bepaalde dat bij weigering om te antwoorden de feiten moesten worden gehouden voor erkend, doch de ord. had ook eene uitdrukkelijke bepaling in art. 8, volgens welke „les réponses seront précises et pertinentes sur chacun fait": evenals art. 333 C. de pr. Zie CARRÉ—CHAUVEAU Q. 1250. Waarom in art. 241 niet werden opgenomen de woorden: „les réponses seront précises et pertinentes sur chaque fait" blijkt niet. Heeft dit in verband gestaan met den blijkbaren toeleg om het middel slechts in zeldzame gevallen toepassing te doen vinden? Men zal toch in geen geval den rechter kunnen beletten om op antwoorden die niet meer dàn uitvluchten zijn, vermoedens te bouwen. Verg. Rechtb. Amsterdam 7 Febr. 1860 R. Bijbl. X (1860) bl. 257.

Op eene door het verhoor verkregen gerechtelijke bekentenis moeten vanzelf de voor deze in het B. W. vastgestelde bepalingen van toepassing zijn. Zal nu art. 1963 toelaten, dat de verhoorde partij bij de veranderingen, welke zij, naar aanleiding van art. 243 in hare antwoorden wil gemaakt hebben, van eene bekentenis terugkome, welke in een gegeven antwoord kan geacht worden opgesloten te liggen, ook zonder zich op eene dwaling te beroepen? Ongetwijfeld. Want de antwoorden staan ingevolge art. 243 eerst

vast, wanneer en zooals zij in het proces-verbaal door de onderteekening van de partij zijn bekrachtigd. Dat vóór dien tijd de antwoorden en dus ook eene daarin vervatte bekentenis niet vaststaat, blijkt nog ten overvloede uit de bewoordingen door den wetgever gebezigd: „welke daarin vervolgens nog kan maken zoodanige veranderingen" enz.

Hoe is het met de ondeelbaarheid der bekentenis? Ik vind geen reden om hier anders te beslissen dan voor het geval de bekentenis buiten verhoor, geheel vrijwillig, werd afgelegd. Al kunnen hier door het splitsen der vragen formeel gesplitste verklaringen worden afgelegd; de ondeelbaarheid zal hier even zoo min of even beperkt moeten worden opgevat en, al maakt de nadere bepaling of de bijvoeging het onderwerp van eene afzonderlijke vraag uit, men zal de partij, èn wat betreft de bekentenis zelve èn wat betreft de nadere bepaling of de bijvoeging, gelijkelijk moeten gelooven zoowel met opzicht tot hetgeen haar nadeelig als met opzicht tot hetgeen in haar voordeel is, zooals men dit met opzicht tot eene formeel samenhangende verklaring meent te moeten doen. Verg. DIEPHUIS bl. 135. BAUD t. a. p. bl. 117. Zie nog CARRÉ-CHAUVEAU Q. 1262. ed. belge II, p. 681. Noch CARRÉ noch CHAUVEAU blijken het eens te zijn met de stoute leer van het Hof van Cassatie, in een arrest van 6 April 1836 verkondigd, „que les juges peuvent toujours scinder les réponses d'un interrogatoire, sans violer les dispositions du code civil sur l'aveu judiciaire qui sont étrangères à l'espèce".

Behalve eene bekentenis en vermoedens kan het verhoor een begin van schriftelijk bewijs opleveren. Zoo kan het een bevel tot getuigenverhoor of oplegging van den aanvullingseed rechtvaardigen. Ik acht het niet noodig in eene ontwikkeling van de gronden te treden welke dit gevoelen staven bij de groote eenstemmigheid welke daarover zoowel in Frankrijk als bij ons, bij schrijvers en in de jurisprudentie, bestaat. Ik verwijs daartoe naar CARRÉ-CHAUVEAU Q. 1262, II, p. 683, en voor ons recht naar de schrijvers vermeld bij DIEPHUIS, II, bl. 328 n^{t} 4. De H. Raad heeft in een breed gemotiveerd arrest van 16 April 1852 W. 1329 de jurisprudentie in denzelfden zin gevestigd en werd te vergeefs bestreden in Regtsg. Adviezen, IV, bl. 143. Zie het verslag van de rechtspraak waartoe genoemd arrest van den H. Raad betrekking heeft in een opstel van Mr. A. OUDEMAN, Opm. en Meded. IX (1853) bl. 29, eveneens

bij DIEPHUIS vermeld. Uiterst zwak mag wel de grond heeten door het Hof van Groningen aangevoerd, „dat het verhoor op vraagpunten alleen strekt om uit den boezem der partij een erkentenis te bekomen". En terwijl de H. Raad daar tegenoverstelde, dat de strekking, uit den aard der zaak, is, om uit het verhoor te ontleenen elk bewijsmiddel dat door de wet niet is uitgesloten, kwam de schrijver in de Regtsg. Adviezen nog weder met het argument, dat, als men toeliet om met het verhoor een begin van schriftelijk bewijs te verkrijgen, het doel van een verhoor op vraagpunten, nl. het uitlokken eener bekentenis, geheel wordt miskend. Wat zou dit nu zeker erroneuse gevoelen een kracht krijgen, als de wet uitdrukkelijk bepaalde dat het verhoor is toegelaten in alle zaken waàrin bekentenis als bewijsmiddel geldt! Zie bl. 248. Ofschoon het voor mij dus niet twijfelachtig is of het verhoor een begin van schriftelijk bewijs kan opleveren, voor een geval als in art. 319 B. W. geregeld blijf ik het uitgesloten achten om de hierboven, bl. 250 aangegeven reden.

Na de wijzigingen welke in de regeling van het verhoor gebracht zijn, door de toelating van ondervraging door de tegenpartij en hare praktizijns, kon zeker het verhoor niet meer aan een rechter-commissaris worden opgedragen maar moet dit wel door het collegie worden afgenomen. Zal deze bepaling evenwel doel treffen, dan moet ook hier over de hoofdzaak worden geoordeeld door dezelfde rechters als die het verhoor bijwoonden. De rechter, wien het om een rechtspraak in den geest der wet te doen is, zal ook hier wel handelen zooals art. 203 (nieuw) omtrent het getuigenverhoor voorschrijft, maar hij is aan die bepaling niet gebonden, want hier is een dergelijk voorschrift niet gegeven. Tot dergelijke leemten in de wet geeft eene partiëele herziening reeds op zich zelve licht aanleiding, en, als dan nog door amendementen iets nieuws wordt ingevoerd, wordt de kans daarop nog grooter.

Aanm. Waarom art. 246 zoo uitdrukkelijk bepaalt dat de door de partij op de vraagpunten gegeven antwoorden slechts in het aanhangig geding mogen dienen en in geen geval als eene erkenning mogen worden beschouwd ten opzichte van andere zaken lees: „in een ander geding", eene bepaling welke de Code niet bevatte maar reeds in het W. 1830 werd opgenomen, blijkt niet. Was de wetgever soms van oordeel dat eene gerechtelijke bekentenis geheel

vrijwillig afgelegd niet beperkt is tot het geding waarin zij werd afgelegd, dan blijft dit, niettegenstaande het voorschrift van art. 246, eene opene vraag; heeft hij, ofschoon hij er zich bij de behandeling van de gerechtelijke bekentenis niet over uitliet, het hier althans uitgemaakt willen zien, dan zou daarin nog weder blijken van de bijzondere zorg, welke hij bij de regeling van het verhoor voor het belang en de gerustheid van de verhoorde partij heeft gehad. Over de kracht van de gerechtelijke bekentenis uit dit oogpunt zie hierboven bl. 208.

§ 140. HET VERHOOR BIJ DEN KANTONRECHTER.

Wanneer het rechterlijk collegie, hof of rechtbank, den rechter van het kanton van de woonplaats der te verhooren partij heeft gemachtigd het verhoor af te nemen, moet de verzoeker, onder overlegging van eene expeditie van het vonnis, den kantonrechter verzoeken dag en uur voor het houden van het verhoor te bepalen. Met beteekening van deze beschikking roept hij de wederpartij op om op den aangewezen tijd vóor den kantonrechter te verschijnen. De kantonrechter kan ook bepalen dat hij zich bij de te verhooren partij zal vervoegen. Art. 240; arg. art. 119. Na afloop van het verhoor staat het aan de meest gereede partij om een afschrift van het proces-verbaal te lichten en de tegenpartij bij acte van procureur tot procureur, onder mededeeling van een afschrift van het proces-verbaal, tot voortzetting van de zaak bij het collegie dat de machtiging op den kantonrechter verstrekte, op te roepen. A. Krachtens machtiging.

Het verhoor kan ook in een voor den kantonrechter gevoerd geding worden gevraagd, art. 125. Al behoeft dan het verzoek niet schriftelijk gedaan te worden (arg. art. 99), de verzoeker zal toch de feiten en vraagpunten wel schriftelijk moeten opgeven en in geschrift aan de partij ter hand moeten stellen, opdat deze zich over hare gehoudenheid om daarop te antwoorden kunne beraden en de rechter het hem bij art. 238 bevolen nauwkeurig onderzoek kunne instellen. B. In gedingen voor kantongerecht.

A. De rechter moge den kantonrechter machtigen, hij brengt hem zijne letteren requisitoriaal (art. 25 R. O.) niet zelf over,

zendt hem die niet zelf toe. Het zijn de partijen, die op grond van die machtiging, des kantonrechters tusschenkomst hebben in te roepen. Het is hier natuurlijk de verzoeker van 't verhoor die daarvoor heeft te zorgen. Al werd de kantonrechter op de instantie van de wederpartij gemachtigd, omdat deze machtiging vooral in haar belang geacht werd, de verzoeker is de belanghebbende bij het afnemen van het verhoor. Een termijn om van de machtiging gebruik te maken is hem niet gesteld. Laat hij de zaak loopen, de wederpartij kan zich ook tot den kantonrechter wenden en anders het vervallen der instantie afwachten. Dat den kantonrechter eene expeditie van het vonnis moet worden overgelegd is noodzakelijk om hem met de op hem verstrekte machtiging en met den inhoud van de hem opgedragen werkzaamheid in kennis te stellen.

Wanneer eenvoudig in de verwijdering van woonplaats de machtiging op den kantonrechter haar reden vond, dan zal er geen aanleiding voor den kantonrechter zijn om de partij op eene andere plaats dan in het lokaal voor zijne terechtzittingen bestemd te ontvangen; maar, wanneer die partij wettiglijk verhinderd is, „uit hoofde van ziekte of anderzins", zooals art. 119 het uitdrukt, om voor den rechter te verschijnen, dan moet de kantonrechter wel tot hem gaan. Daartoe behoeft de kantonrechter niet in het bijzonder gemachtigd te worden. Als 't niet door de omstandigheden geboden werd, zou de analogie van art. 119 en ook van art. 121 het voldoende rechtvaardigen.

Het verhoor zelf verschilt niet of het collegie dit zelf afneemt of het door den kantonrechter laat doen. Ook aan dezen zal het vrijstaan om naar aanleiding van de gestelde vragen, andere ambtshalve te doen. De antwoorden kunnen aanleiding geven eene vraag nog eens op andere wijze te stellen. Maar terwijl het geding zelf den kantonrechter niet aangaat, blijft uit den aard der zaak de kring der ambtshalve te doene vragen voor hem beperkt. Ook zullen door den kantonrechter, op verzoek van de partij vragen kunnen worden gedaan, art. 241.

Dat, na afloop van het verhoor, de meest gereede partij een afschrift van het proces-verbaal zal moeten lichten, vloeit daaruit voort dat hier geen voorschrift aan den kantonrechter gegeven wordt om het oorspronkelijk proces-verbaal in te zenden, zooals in art. 119 ten aanzien van het proces-verbaal van een getuigenverhoor is bepaald, zie blz. 91. Het kan nu alleen op deze wijze

ter kennis van den rechter komen die er recht op zal moeten doen. En dat de eene partij de andere zal moeten oproepen om ter terechtzitting van het collegie voort te procedeeren is eveneens noodzakelijk, indien de dag van de terechtzitting, waarop de zaak weder ter rolle zal worden opgeroepen, door het collegie niet werd bepaald. Want dit laatste schrijft de wet hier niet voor.

B. Dat het verhoor op vraagpunten ook in voor den kantonrechter behandelde gedingen kan plaats hebben vloeit uit art. 125 voort, maar het is eene ongelukkige vorm dien de wetgever voor zijn juist denkbeeld koos door „de bepalingen in dezen derden titel voorkomende opzichtelijk.... het hooren van partijen ten deze", d. w. z. bij de WIJZE van procedeeren voor den kantonrechter, „toepasselijk te doen zijn". Immers de bepalingen van den III^n^ titel ook op dit onderwerp gemaakt in verband met de vertegenwoordiging door procureurs, en het nemen van schriftelijke conclusiën ter audiëntie, kunnen onmogelijk bij de kantongerechten worden toegepast waar dat alles is uitgesloten of onnoodig verklaard. Art. 99 en 62 n°. 1. Het kan dus niet anders, of art. 125 moet dus worden verstaan dat juist niet de wijze van procedeeren maar de toelating van het rechtsmiddel en wat verder, buiten den vorm van procedeeren omtrent dat rechtsmiddel in tit. III bepaald wordt, in gedingen voor den kantonrechter toepasselijk is. Toch is de rechter geroepen geworden om dit punt te beslissen. En de arrondissements-rechtbank te Amsterdam deed dit op eene bondige en afdoende wijze bij een vonnis van 7 November 1861 Regtsg. Bijblad XII (1862) bl. 201, „Art. 125", zeide zij, „moet beschouwd worden niet zoozeer den vorm als wel het fond te regardeeren, immers den vorm voor zoover die met de procesorde van den kantonrechter bestaanbaar is, daar men anders tot de onhoudbare gevolgtrekking zou moeten komen, dat zoo al de bepalingen in den derden Titel, zonder wijziging, moesten worden opgevolgd bij den kantonrechter, de bepalingen omtrent procureurs en procureurs-akten en omtrent reconventioneele vorderingen enz. evenzeer zouden moeten worden geobserveerd, en de wetgever zoodoende met zich zelven in lijnrechten strijd zoude zijn; waaruit volgt, dat de Rechter a quo terecht heeft toegewezen het mondelinge verzoek van de geïntimeerden om den appellant te hooren op een vraagpunt ter zake dienende en niet tot iets anders be-

trekkelijk, terwijl de appellant door zich uit de terechtzitting te verwijderen, zeker zich niet beklagen kan op dat verzoek niet gehoord te zijn". Wat dit laatste gedeelte van 's rechters uitspraak betreft, zoo ligt het voor de hand dat, terwijl het verzoek mondeling gedaan wordt, daarop ook mondeling kan worden geantwoord. In het hier behandelde geval, waar slechts eene beknopte vraag gedaan werd, kon de tegenpartij wellicht dadelijk antwoorden, doch zoude zij m. i. de schriftelijke opgave van de vraag hebben kunnen vragen en uitstel verzoeken om zich te beraden over hare gehoudenheid, een uitstel dat haar bezwaarlijk zou kunnen worden geweigerd. In plaats daarvan echter liep de partij weg, stelde zich zelf in de onmogelijkheid om te antwoorden en wilde dit dus niet. De kantonrechter had haar daarom terecht evenzoo behandeld als een collegie de partij behandelen zou die, op het gedaan verzoek niet antwoordende, zou moeten gedoogen dat het verzoek buiten haar werd onderzocht en buiten haar werd toegewezen als het aan de eischen der wet voldoende werd bevonden. Verg. bl. 252. De Hooge Raad heeft in denzelfden zin geoordeeld en bij arrest van 9 Mei 1862 W. n°. 2378 den eisch tot cassatie van het Amsterdamsche vonnis verworpen.

Er was den kantonrechter in de bovenvermelde zaak nog een grief van gemaakt dat hij voor het verhoor de terechtzitting zou hebben bepaald in plaats van de raadkamer. De Rechtbank begreep terecht dat art. 239 niet anders bedoelt dan dat het verhoor niet in het openbaar zal worden gehouden. Men mocht anders waarlijk wel vragen waar des kantonrechters raadkamer zou zijn!

TITEL III.

BUITENGERECHTELIJKE BEKENTENIS.

§ 141.

Bewijskracht. Eene bekentenis kan buiten het tusschen partijen gevoerd geding zoowel schriftelijk als mondeling worden afgelegd. Mondeling afgelegd kan zij niet tot bewijs strekken in de gevallen waarin het bewijs door getuigen is uitgesloten. Art. 1964 B. W.

De bewijskracht welke aan eene buiten het geding afgelegde bekentenis moet worden toegekend is aan 's rechters oordeel overgelaten (art. 1965 B. W.), doch hij zal bij dat oordeel, aan de

onsplitsbaarheid der bekentenis in dezelfde mate gebonden zijn als dit met opzicht tot de gerechtelijke bekentenis is bepaald.

De verklaring van de benaming van buitengerechtelijke bekentenis in den tekst gegeven staat in verband met de beteekenis waarin het woord gerechtelijk door mij wordt verstaan. Zie hierboven bl. 208. Eene buitengerechtelijke bekentenis kan dus wel voor den rechter zijn afgelegd. Al duidt de beteekenis van het woord: buitengerechtelijk, op: buiten het gerecht, wij vergeten niet dat het de vertaling is van extra judiciaire en dat de uitdrukking judiciaire, ofschoon niet uitsluitend in het geding beteekenende, op zeer natuurlijke wijze in dien zin wordt opgevat. „Ne suffit-il pas qu'il (l'art. 1351 C. C.) ait appliqué à cet aveu la qualification de judiciaire, pour décréter virtuellement, mais très certainement, qu'il ne peut-être invoqué, comme tel, que dans l'instance même où il a été fait?" DEMOLOMBE XXX nº. 498. De wetgever zelf spreekt in art. 1964 en 1965 van eene bekentenis buiten rechten (lees: rechte) gedaan. Daarin is de beteekenis, welke in judiciaire vooropstaat beter teruggegeven. Het is alzoo mijn doel niet de wet te willen verbeteren door in plaats van „buiten rechte(n) gedaan", beter: afgelegd, zooals in art. 1960, het woord buitengerechtelijk te bezigen. Wij hebben met het gebruik van dit laatste woord het slechte voorbeeld van schrijvers en jurisprudentie tegen wil en dank gevolgd.

Ik zou zeker eene onomstootelijke waarheid hebben gezegd met er op te wijzen dat deze bekentenis ook schriftelijk afgelegd kan worden, en er daarom van hebben kunnen zwijgen, indien niet de wijze, waarop de wetgever van de buiten rechte afgelegde bekentenis spreekt, den indruk gaf, alsof hij alleen aan de mondeling afgelegde kracht toekende, deze alleen als bewijsmiddel toeliet. Het is duidelijk genoeg, dat art. 1964 eene bijzondere bepaling voor de mondeling buiten rechte afgelegde bekentenis bevat, welke alleen voor deze noodig was; maar waarom bij de bewijskracht, in art. 1965, ook alleen van deze gesproken? Was men soms bevreesd dat uit art. 1964 de gevolgtrekking kon worden gemaakt dat, in gevallen waarin bewijs door getuigen is toegelaten, de mondeling afgelegde bekentenis wel kracht en dan volledige bewijskracht zou hebben? Men had dan toch beter gedaan met te zeggen: „ook in het geval" enz. Want de uitleggers van den Code,

waarin alleen art. 1964 (1355 C. C.) voorkwam, waren 't er vrij wel over eens, dat, wijl de wetgever omtrent de bewijskracht van de buitengerechtelijke bekentenis niets bepaalt, de waardeering daarvan in ieder geval aan 's rechters oordeel was overgelaten. Er bestaat dan ook bij ons geen reden om de bekentenis buiten rechte afgelegd, die zonder eenige beperking in art. 1960 als bewijsmiddel wordt toegelaten, om de bijzondere bepalingen die daarna, om bijzondere redenen, voor de mondelinge bekentenis gemaakt worden in artt. 1964 en 1965, tot die mondelinge bekentenis te beperken.

Enkele schrijvers zijn, door de wijze waarop de wetgever van de buiten rechte afgelegde bekentenis spreekt, in dwaling gebracht. Zoo DE PINTO § 1183: „De wet spreekt hier alleen van mondelinge bekentenis; want als zij in geschrifte gedaan is, dan is zij onderworpen aan de regelen van het schriftelijk bewijs". En VAN BELL het bewijs bl. 123: „Is daarentegen de buitengerechtelijke bekentenis bij geschrift, dan zal de bewijskracht van zoodanig geschrift afhankelijk zijn van de in de wet omtrent schriftelijk bewijs gestelde regels". Zou dan de schriftelijke bekentenis buiten rechte afgelegd zich als bewijsmiddel in bewijs door geschrifte oplossen? Stellig niet! Van de bewijskracht van het geschrift zal alleen afhangen de beantwoording der vraag of het afleggen der bekentenis daardoor bewezen wordt. Dan komt de vraag, welke kracht aan die aldus bewezen bekentenis moet worden toegekend. Dit wordt terecht opgemerkt door DIEPHUIS, bl. 118. Men moet de schriftelijke bekentenis buiten rechte afgelegd niet verwarren met eene erkenning van schuld, welke bij een daartoe opzettelijk opgemaakt geschrift, authentieke of onderhandsche akte, plaats heeft, al kunnen de daaromtrent in de wet voorkomende bepalingen, als bijv. art. 1915, hetwelk onderhandsche eenzijdige schuldbekentenissen betreft, daartoe aanleiding geven. POTHIER wijst hierop in den aanvang van § II „de la confession extrajudiciaire" in deze woorden: „Nous n'entendons parler ici de la confession que font les parties de leurs obligations par l'acte du contrat d'où elles naissent, ou par des actes de titre nouvel et de reconnaissance, qui sont passés exprès pour cela. Nous avons traité, au chapitre premier, de la preuve que font ces actes. Les confessions de la dette, dont nous parlons ici, sont celles que fait le débiteur, soit dans une conversation, soit par une lettre missive, ou qui se trouvent incidemment dans quelque acte qui n'a pas été passé exprès pour cela".

De buiten gerechte afgelegde bekentenis wordt bewezen door een of ander geschrift waaraan in het algemeen bewijskracht is toegekend, indien zij beweerd wordt schriftelijk te zijn afgelegd. De mondelinge zal wel vooral door getuigen moeten worden bewezen; de eed zal uit den aard der zaak minder te pas komen, daar de eed veeleer onmiddellijk omtrent het betwiste feit zal worden opgedragen dan over het feit dat er omtrent het betwiste feit een mondelinge bekentenis werd afgelegd. Bekentenis kan als bewijs eener mondeling afgelegde bekentenis eveneens voorkomen, waar bijv. van eene aldus erkende schuld de betaling wordt beweerd of een beroep op omstandigheden plaats heeft, welke de kracht aan de afgelegde bekentenis ontnamen. Ook kan men zich voorstellen dat omtrent eene mondelinge bekentenis een verhoor op vraagpunten wordt gevraagd.

Het bewijs door getuigen dat hier het meest voor de hand liggend bewijsmiddel is, maakt, ten gevolge van de beperkingen waaronder de wet het in het algemeen toelaat, dat hier gelijke beperking wordt gemaakt. Wat niet door getuigen mag worden bewezen mag dit ook niet door eene mondelinge buiten rechte afgelegde bekentenis. De getuigen gehoord over het feit, of mondeling bekend was een feït dat door getuigen niet bewezen mag worden, zouden ten slotte middelijk dit feit bewijzen. Wanneer de wetgever, kennelijk tot sanctie van de bepalingen die getuigenbewijs uitsluiten, in art. 1964 bepaalt, dat eene mondelinge bekentenis, buiten rechte gedaan, niet kan worden ingeroepen, dan in de gevallen waarin het bewijs door getuigen is toegelaten, dan gaat de sanctie verder dan het verbod. Immers het verbod om die mondelinge bekentenis in te roepen verbiedt tevens haar te bewijzen en ontzegt haar daarmede alle kracht. De C. C. drukte het als 't kan nog sterker uit door te zeggen: „l'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile". Zie fr. tekst van art. 1970, W. 1830. Verg. DIEPHUIS bl. 119.

Welke bewijskracht heeft de eens bewezen buiten rechte afgelegde bekentenis? De wet zegt het niet met zoovele woorden. Eene uitdrukkelijke bepaling is er niet. Aan de gerechtelijke bekentenis alleen kent hij volledige bewijskracht toe. Doch wanneer hij in art. 1965 bepaalt, dat ingeval eene mondeling afgelegde bekentenis door getuigen is bewezen, het aan het oordeel des rechters blijft overgelaten welke kracht daaraan zal worden toegekend, dan moet

hierin wel de toepassing liggen van een algemeenen stilzwijgend onderstelden regel omtrent de bewijskracht van de zoo schriftelijk als mondeling buiten rechte afgelegde bekentenis. Daarbij kan het immers geen verschil maken langs welken weg het afleggen der bekentenis bewezen is. En dat overlaten van de bewijskracht aan het oordeel des rechters is hier ook de eenige rationeele bepaling. Immers onder welke verschillende niet vooraf te voorziene omstandigheden kan niet eene bekentenis buiten rechte afgelegd worden? Verg. POTHIER n°. 834 en DEMOLOMBE n°. 549.

Dat bij de beoordeeling van de bewijskracht de onsplitsbaarheid van de bekentenis moet worden in acht genomen, daaromtrent heeft onze wetgever allen twijfel opgeheven door het verbod van splitsing niet meer uitsluitend met de gerechtelijke bekentenis in verband te brengen, zooals de C. C. dit deed in art. 1356, maar het in art. 1961 voorop te plaatsen. Door den strijd over die vraag onder den Code gevoerd tusschen TOULLIER en MERLIN is, dunkt mij, de eenige reden voor de omzetting der artt. van den Code aangewezen. Maar de omzetting is reeds op zich zelve afdoende. In art. 1960 worden beide soorten van bekentenissen genoemd, in art. 1961 volgt eene bepaling die van eene bekentenis spreekt zonder te onderscheiden, dus beide betreft, terwijl in de volgende artt. onderscheidenlijk van de gerechtelijke en de buiten rechte afgelegde bekentenis wordt gesproken. Art. 1961 moet dus wel een algemeene zijn naar den zin harer bepaling, gelijk zij het is naar hare woorden. En als POTHIER in de quaestie van de onsplitsbaarheid alles beslist, dan is de ruime toepassing ook op de buiten rechte afgelegde bekentenis orthodox. Zie ook POTHIER n°. 834.

Wat de herroeping van eene bekentenis betreft, art. 1963 brengt niet mede het a fortiori op de buitengerechtelijke bekentenis toepasselijk te achten noch a contrario tot zijne niet toepasselijkheid te besluiten. Evenals de bekentenis zelve blijve ook hare herroeping wat de daaraan toe te kennen kracht betreft aan 's rechters oordeel overgelaten. Zie DIEPHUIS bl. 121.

AFDEELING VIII.

DE GERECHTELIJKE EED.

§ 142. ALGEMEENE OPMERKINGEN.

De eed is de bevestiging van de waarheid eener verklaring of de bekrachtiging van eene belofte onder aanroeping van God Almachtig. Wat de eed is.

Met den eed wordt gelijk gesteld de eenvoudige verklaring of belofte van hem die tot eene gezindte behoort, welke het eedzweren verbiedt.

In bovenstaande bepaling wordt het karakter van den eed aangegeven volgens de opvatting van den Grondwetgever van 1815, 1840 en 1848, in de wetten vóór de herziening van 1887 uitgevaardigd, gehuldigd. Reeds bij eene vorige gelegenheid (Zie Procesrecht I, 3e dr. bl. 152 en IV 1, bl. 86 en IV 2, bl. 31, welke laatste plaats in April 1894 is afgedrukt geweest,) merkte ik op dat in dien zin moeten worden verstaan de woorden, waarmede, in de aangehaalde Grondwetten en de vóór de herziening van 1887 uitgevaardigde wetten, de verplichting tot eedsaflegging wordt opgelegd, als behoorende deze te geschieden „overeenkomstig de wijze zijner godsdienstige gezindheid." De rechtspraak van den burgerlijken en van den strafrechter zijn, overeenkomstig de jurisprudentie van den Hoogen Raad, in dien zin zoo goed als gevestigd. In de administratieve rechtspraak is het niet anders. Ik acht die jurisprudentie volkomen juist. Zie Diephuis, III, bl. 19. En wanneer dan de wetgever als formulier van den eed voorschrijft het uitspreken der woorden: „Zoo waarlijk helpe

mij God Almachtig!" dan is daarmede het karakter van den eed als eene godsdienstige handeling bedoelende boven twijfel gesteld. Nog geheel is daarop van toepassing wat HUBER er van zegt in Hedendaegsche Regtsgeleerdheyt, B. III, Kap. 22 „van Eeden" nr 2: „Een eedt is niets anders als een aenroepinge van Gods naem met verwenschinge van zich selfs, strekkende tot bevestinge van yets dat versprooken ofte gehandelt is. nr. 3. Soo is dan een volle eedt tweeledig, bestaende uit aenroepinge van Godts naem ende verwenschinge van zich selfs, waardoor die den eedt sweert, wenscht dat Godt hem mag straffen ofte niet helpen, indien hij willens valschelijk sweert, beides wordt begreepen in het formulier bij ons gebruikelijk, so waerlijk helpe my Godt Almachtig." Ook verdient opmerking wat hij nr. 5 laat volgen: „Maer eene verklaringe welke geschiedt bij adelijke trouw ofte bij het woort van een Prince, kan voor geen eedt worden gehouden, omdat daer in ontbreekt het middel van conscientiedwang, waardoor de menschen gedwongen worden verborgen waerheeden te openbaren, te weeten de tegenwoordige vreese van de Goddelijke alweetenheyt, almacht ende vreesselijke rechtveerdigheyt." Niet ten onrechte zegt daarvan BIRKMEIJER in HOLTZENDORFF's Lexicon v° Eid, dat in deze opvatting ligt „eine unwürdige Karikirung der Gottheit, indem Sie zur Handlängerin der Menschen in ihren irdischen Angelegenheiten macht und ihr menschliche Leidenschaft imputirt, en zendt hij ons bij den „heiden" CICERO ter schole waar deze, Off. III c. 29 leert: „jam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad justitiam et ad fidem pertinet (iuramentum)." Maar als redenen van Staat principieel onderzoek en principieele regeling van „epineuse" vraagstukken doen vermijden, dan handhaven superstitie en traditie verouderde formules. Kunnen de fransche rechtsgeleerden met recht beweren, dat de eed geene godsdienstige maar eene zuiver burgerlijke handeling is, „un acte purement civil aux yeux de la loi", dan kunnen zij dit ook alleen goedmaken met de in Frankrijk gebruikelijke eedsformule: „je le jure", omdat deze woorden „n'impliquent affirmation de l'existence de Dieu que pour ceux qui y croient." In Frankrijk blijft alleen de eed van de gezworenen bezwaar opleveren omdat deze inhoudt de woorden: „devant Dieu et devant les hommes." GARSONNET II § 335, p. 528, en de daar aangehaalde belangrijke discussiën van 20, 22 en 24 Juni 1882

in de fransche kamer van Gedeputeerden en van 4 en 5 December 1882 en 1 en 2 Februari 1883 in den Senaat gevoerd. Dat men onder de heerschappij van de Grondwet van 1815, die, waar zij de aflegging van eeden voorschrijft, dit ook afhankelijk maakte van de godsdienstige gezindte waartoe hij die tot aflegging van den eed geroepen werd behoorde, daarin geen strijd vond met de in diezelfde Grondwet erkende vrijheid van belijdenis, laat zich verklaren. De grondwetgever van dien tijd ging uit van de onderstelling, toen voldoende gewettigd, dat ieder tot een kerkgenootschap behoort en dat een lid van een kerkgenootschap, hetwelk het eedzweren niet verbiedt, vanzelf tegen het afleggen van een eed geen bezwaar kan hebben; dat de Grondwetgever van 1848 van diezelfde onderstelling uitging, zoodat hij althans geen reden vond om aan de betrekkelijke bepalingen van de Grondwet te tornen, laat zich eveneens verklaren. Maar niet minder verklaarbaar is het ook, dat, toen later de onjuistheid van de onderstelling bleek, de strijd met de gewaarborgde vrijheid van belijdenis wèl werd ingezien en dat daarom de eed of belofte van de individueele godsdienstige of niet-godsdienstige gezindheid van hem die tot het afleggen van een eed werd geroepen, afhankelijk werd gesteld. De grondwetgever schrapte in de bepaling van art. 83, welke den eed der Staten-Generaal vermeldt, de woorden: „overeenkomstig de wijze zijner godsdienstige gezindheid" en al werd deze wijziging als eene verandering van redactie voorgedragen, alleen verstokte tegenstanders van de gelijkstelling van eed met belofte of verklaring kunnen niet inzien dat zij in deze hunne kortzichtigheid de in de grondwet gewaarborgde vrijheid van belijdenis schenden. Verg. BUYS, Grondwet III, op art. 87, bl. 176. De na de herziening der Grondwet van 1887 uitgevaardigde wetten behelzen dan ook in de bepalingen omtrent aflegging van eed of belofte de woorden: „overeenkomstig de wijze zijner godsdienstige gezindheid" niet meer. Aangezien evenwel, naar art. II der add. artt., alle op het oogenblik der afkondiging van de veranderingen in de Grondwet verbindende wetten, reglementen en besluiten worden gehandhaafd, tot dat zij door andere worden vervangen, leven wij nu onder eene wetgeving, welke de vraag: eed of belofte? afhankelijk stelt van de gezindte waartoe men behoort (zie echter BUYS op art. III in het tweede Deel op bl. 825) en van eene Grondwet, welke, door de verandering in de

wijze van eedsaflegging van de Staten-Generaal gebracht, getoond heeft dit in strijd te achten met de door haar gehuldigde vrijheid van belijdenis. Zoo is alleen de nà 1887 tot stand gekomen wetgeving met de Grondwet in overeenstemming, daar zij alleen, gelijk deze, de vrijheid van belijdenis in de keuze tusschen eed en belofte erkent. Om ook deze opvatting te omvatten zou boven in den tekst a. h. e. moeten gelezen worden: „en van hem die tot eedzweren ongezind is". Naar de latere zoowel als naar de vroegere wetgeving is de eed eene godsdienstige handeling; de belofte of verklaring zonder eed afgelegd zal voortaan alleen eene godsdienstige handeling zijn, indien zij dit is naar de overtuiging van hem die haar aflegt. Uit zich zelve is zij dit niet. Het is inderdaad een onhoudbare toestand en ofschoon men zou meenen dat GARSONNET gelijk had, toen hij van deze kwestie zeide, „il suffit qu'elle soit soulevée sérieusement une seule fois pour qu'elle mérite d'être résolue", zoo liet men niettemin in Frankrijk de oplossing achterwege en bij ons, waar de oplossing door den Grondwetgever werd gegeven, en alleen hare opruiming van den wetgever verlangd wordt, konden er reeds meer dan negen jaren verloopen zonder dat het tijdstip gekomen schijnt om tot die opruiming over te gaan. Het kan mijne lezers, die zich herinneren wat ik over den eed of belofte in Dl. I, 3e dr., bl. 152 en Dl. IV, 1e st., 2e dr., bl. 86 opmerkte, het kan hun niet bevreemden dat ik het van mijn plicht achtte het onderwerp ter sprake te brengen, toen ik de gelegenheid had de aandacht der Regeering daarop te vestigen. Ik verwijs daartoe naar de Handelingen der Staten-Generaal 1894—1895, Eerste Kamer bl. 174 en 203. Wat de Regeering bij monde van den Minister van Buitenlandsche Zaken daarop antwoordde was wel waardeerend, maar niet zeer bemoedigend. Toch zullen eens de Godsdienst en de Grondwet tot hun recht moeten komen.

De wetgever spreekt in den titel: van den gerechtelijken eed uitsluitend van den eed zonder van eene verklaring, in verband met het: „overeenkomstig zijne godsdienstige gezindheid", melding te maken. Dat dientengevolge zelfs aan de Doopsgezinden de verplichting zou zijn opgelegd om den beslissenden of suppletoiren eed te zweren wordt ten onrechte beweerd door DIEPHUIS III, bl. 148. Hij ziet voorbij dat het formulier van den eed, het

„zoo waarlijk helpe mij God almachtig" ook van elders moet worden gehaald en dat de vermelding daarvan in de wetten steeds vergezeld gaat van het facultatief stellen van eed of belofte (verklaring) overeenkomstig de godsdienstige gezindheid; dat men dus die aanvulling in haar geheel moet toepassen of anders den geheelen titel over den gerechtelijken eed buiten toepassing moet laten; dat men voorts zijn gevoelen zou moeten aannemen overal waar de wet eenvoudig van den eed gewag maakt en dat de onderscheiding tusschen den eed van getuigen en den beslissenden eed in dezen elken grond mist. Had DIEPHUIS gelijk, er ware bij een strijd over feiten door den wetgever een middel aangegeven om tegenover een Doopsgezinde altijd gelijk te krijgen. De interpretatie van DIEPHUIS brengt eene schending mede van de vrijheid van belijdenis en van de gelijke bescherming van personen en goederen aan ieder door de Grondwet toegekend. Zij maakt den Doopsgezinde weerloos en rechtloos. Het gezag van HUBER, waarop DIEPHUIS zich beroept is een volslagen anachronisme op dit punt. De rechtbank te Amsterdam besliste bij vonnis van 19 April 1843, Regtsg. Bijbl. 1843, bl. 542 in dezen zin en de Rechtbank te Winschoten nam, bij vonnis van 3 Juni 1852, Regtsg. Bijbl. 1853, bl. 419, terecht aan dat het vanzelf sprak dat een Doopsgezinde eene verklaring aflegde. Bij arrest van 22 Oct. 1891, W. 6096 moest nog de H. Raad de vraag beslissen. Hij bevestigde bij dat arrest een vonnis van de Rechtbank te Groningen welke een vonnis van den Kantonrechter te Appingedam had vernietigd, waarbij de leer van DIEPHUIS was omhelsd. Zie enkele opmerkingen over de vraag onder de Berichten in W. n°. 5872, 5873. Voeg daarbij Mr. R. FEITH, acad. proefschrift bl. 248 v. en de daar aangeh. diss. van Mr. J. DAVELAAR, de Eed, en het betoog van Mr. FARNCOMBE SANDERS in de Gids van 1880, bl. 314. Nog eerder dan DIEPHUIS' uitlegging te volgen zou ik mij kunnen vereenigen met de toekenning in dit geval aan een ieder van de keuze tusschen eed en verklaring, zooals die thans door de Grondwet gegeven wordt en ik kan mij voorstellen dat de rechter zich gerechtigd zou achten, ook de oude wet als zij van de godsdienstige gezindheid zwijgt, naar de nieuwe Grondwet te interpreteren, wanneer de wetgever blijft dralen met zijn plicht te doen. Orthodox zou ik evenwel deze uitlegging niet durven noemen.

De verklaring, die krachtens de wet voor den eed in de plaats treedt, staat, wat hare strafbaarheid aangaat, indien zij opzettelijk valschelijk wordt afgelegd, met den eed gelijk. Zij wordt dan als meineed gestraft. Art. 207 Swb. In den tekst geef ik den thans bestaanden rechtstoestand terug. In de wetten vóór 1887 uitgevaardigd beslist alzoo het kerkgenootschap waartoe iemand behoort omtrent de verplichting of de vrijstelling en moeten zij die tot geen kerkgenootschap behooren, den eed zweren, omdat geen kerkgenootschap het hen verbiedt! In de wetten nà 1887 uitgevaardigd hangt de vrijstelling van de individueele gezindheid af.

Onderscheiding. De eed strekt tot bevestiging van eene belofte of van eene verklaring. Naar zijnen inhoud kan hij alzoo in eed van belofte en eed van verklaring worden onderscheiden.

Op het gebied van het privaatrecht komt de eed van belofte in de leer van het bewijs alleen voor als bestanddeel van een ander bewijsmiddel, nl. bij het bewijs door deskundigen en bij dat door getuigen, en in zooverre ook bij vermoedens. (Belofte van de geheele waarheid en niets dan de waarheid te zullen zeggen). De eed van verklaring komt als bestanddeel van een ander bewijsmiddel voor bij bewijs door koopmansboeken of door in schrift gestelde verklaringen als de scheepsverklaring. In deze laatste gevallen strekt de eed ook wel tot bevestiging van eene verklaring van gelooven of niet-weten.

De eed van verklaring is evenwel ook een zelfstandig bewijsmiddel. Als zoodanig wordt hij toegepast in een tusschen partijen gevoerd geding en heeft dan meer bepaaldelijk den naam van gerechtelijken eed.

Deze laatste kan, naar zijn doel, onderscheiden worden in den beslissenden, den aanvullenden en den schattings-eed.

De beslissende eed wordt zoowel als de aanvullende en de schattingseed, door den rechter aan eene der partijen opgelegd; de beslissende eed evenwel niet anders dan wanneer hij door de eene partij aan de andere werd opgedragen.

De opdracht van den eed maakt een incident uit van het geding. Ook kan daaruit eene incidenteele procedure ontstaan, tot beslissing van de vraag, of de opgedragen eed al of niet behoort te worden afgelegd.

Eed van belofte en eed van verklaring. Gewoonlijk spreekt men van een promissoiren en van een confirmatoiren of assertoiren eed. Ik vermijd die uitheemsche uitdrukkingen hier te eerder, omdat in de daarin aangegeven onderscheiding een onjuiste tegenstelling ligt, of de benaming zelve niet precies is. Confirmatoir of assertoir is inderdaad elke eed. Want altijd wordt door den eed iets bevestigd of verzekerd, hetzij eene belofte hetzij eene verklaring. Zoo ziet confirmatoir of assertoir op de strekking; promissoir daarentegen ziet op den inhoud. Belofte en verklaring zien beide op den inhoud van den eed terwijl de eed de strekking heeft om òf de oprechtheid eener belofte òf de waarachtigheid eener verklaring te bevestigen. Daarom komt mij de bepaling van art. 207 Swb. voor niet gelukkig gesteld te zijn, wanneer in § 3 gezegd wordt: „Met den eed staat gelijk de belofte of bevestiging die krachtens de wet voor den eed in de plaats treedt". Nauwkeuriger zoude ik de redactie achten, indien men las: „Met den eed staat gelijk de bevestiging van eene belofte of van eene verklaring, die krachtens de wet voor den eed in de plaats treedt". Overal waar in de Grondwet of in de wetten de bevestiging welke den eed vervangt wordt vermeld, leest men: „dit beloof ik" of „dit verklaar ik". Of de wetgever juist zag, toen hij ook die zonder eed afgelegde beloften of verklaringen, wanneer zij opzettelijk valsch zijn gedaan meineed noemde, althans beide onder dat opschrift vermeldde, en of daarvoor een afdoende grond werd opgegeven door den Minister MODDERMAN, toen hij zeide: „Meineed is nu eenmaal de naam, welke het misdrijf hier bedoeld historisch heeft gekregen en met het oog op id quod plerumque fit behouden kan", zou ik betwijfelen. Doch het is niet dan een opschrift en de rechter zal zich bij de qualificatie, welke hij aan het misdrijf heeft te geven in zijn vonnis, wel aan die van het artikel en niet aan die van het opschrift te houden hebben. De Romeinen zouden er „vel quasi" hebben bijgevoegd.

Van beide eeden, die „van belofte en die van verklaring, door een zelfden persoon bij dezelfde gelegenheid af te leggen vindt men een voorbeeld in art. 87 Gw. De daarbij voorgeschreven zg. zuiveringseed bevestigt zelfs tegelijk eene belofte en eene verklaring. Van gelijken aard is de eed den leden der rechterlijke macht opgelegd bij art. 29 R. O. Daar wordt evenwel de ambts-

eed (belofte) met den zuiveringseed zóó verbonden, dat er wordt beloofd niets te hebben gegeven of beloofd, doch, om dit weder goed te maken wordt beloofd dat men tot het verkrijgen der aanstelling (die men reeds heeft) niets zal beloven. Het afleggen van den eed of belofte is hier afhankelijk van de gezindte, waartoe men behoort. Over dezen eed sprak ik vroeger Dl. I, 3e dr., bl. 152. Ook bleek ons dat eveneens van de advocaten en procureurs, van de deurwaarders en van de notarissen, bij de aanvaarding hunner bediening een eed wordt gevorderd. De deurwaarders leggen een afzonderlijken eed van zuivering af, voor de notarissen is deze evenals voor de leden van de rechterlijke macht in den ambtseed opgenomen. Zie art. 5, 24 Regl. III, art. 3, Regl. IV, art. 8. Wet Nots.ambt en voorts Dl. I, 3e dr., bl. 182, 205, 213. Doch in al deze gevallen hebben wij met een ambtseed of daarmede gelijk te stellen eed te doen, en bewegen wij ons alzoo buiten het gebied van het privaatrecht.

Wij keeren tot dit ons gebied terug. De eed van belofte komt daar niet anders voor dan als bestanddeel van een ander bewijsmiddel. Zoo heeft de wetgever een waarborg voor de betrouwbaarheid van het bewijs door bericht van deskundigen gezocht in de verplichting aan de deskundigen opgelegd om een eed af te leggen, artt. 224 vv. B. R., 319 K. Zie hierboven IV, 1e st., bl. 86. Hetzelfde geldt van de getuigen. Zie IV, 2e st. bl. 33 v. Ook buiten geding worden deskundigen beëedigd. art. 1123 v. B. W. art. 347 K. — Deze eed in den vorm promissoir, wordt ook wel tot den assertoiren gebracht omdat hij de bevestiging van de juistheid of de waarheid betreft van een ingesteld onderzoek of van waargenomen feiten. Precies zijn alzoo de vreemde benamingen niet. De eed aan de makelaars opgelegd staat met de bewijskracht hunner boeken en briefjes in verband. Artt. 62, 68, 681 n°. 1 K. — Voogden, curators en bewindvoerders, artt. 419, 503, 520 B. W., leggen een eed af welke gelijkenis met den ambtseed heeft, ofschoon hunne betrekking van privaatrechtelijken aard is; van curators in faillissement zal na invoering der nieuwe faillissementswet geen eed meer gevorderd worden.

Dat de eed bij het bewijs der koopmansboeken een eed van

verklaring is en een bestanddeel van dat bewijsmiddel uitmaakt blijkt uit de bepaling van art. 1919 B. W., hetwelk verlangt dat de koopman de echtheid zijner vordering welke hij met zijn boek bewijst onder eede bevestige, en uit art. 10 K., hetwelk de waarachtigheid van het boek, waaruit bewijs geput wordt, des gevorderd met eede gesterkt wil hebben. Ook de scheepsverklaring, die volgens art. 384 K. tot bewijs kan strekken van geledene verliezen, rampen, schaden of van eenige andere vordering hoe ook genaamd, moet in verband met deze daaraan toegekende bewijskracht met eede worden bevestigd. Geen wonder dat deze eed, die, al is het geen getuigeneed, het meest op dien der getuigen gelijkt, aan door belanghebbenden te leveren tegenbewijs niet in den weg staat. Zie ook artt. 369, 446, 450 K.

Hoe gereed onze wetgever is om, bij de minste aanleiding die daartoe bestaat een eed te vorderen, zoo komt toch de eed tot bevestiging van eene verklaring van t e g e l o o v e n o f n i e t t e w e t e n slechts enkele malen voor. Gebrek aan waarheidlievendheid, vooral waar deze met geldelijke nadeelen verbonden is, moge tot vermenigvuldiging van de toepassing van den eed hebben geleid, de kwistigheid des wetgevers met het opleggen van eeden bevordert den ernst en de heiligheid van den eed allerminst; zij werkt integendeel de lichtvaardigheid bij het eedzweren in de hand. Verg. mijne rede in de Eerste Kamer der Staten-Generaal, Handelingen 1895—1896 bl. 373. Daarom moest dat z.g. jusjurandum credulitatis in 't geheel niet zijn toegelaten. Welke kracht voor de waarachtigheid van een beweren kan de verklaring opleveren, dat de als rechthebbende optredende persoon verklaart te g e l o o v e n dat hij recht heeft? Hoe kan dan de wetgever de gegrondheid van eene vordering afhankelijk maken van den eed onder welken iemand verklaart te goeder trouw iets te gelooven, waarvan hij in den regel niets weten kan, zoo als art. 1919 § 2 dat vordert van den erfgenaam eens koopmans? En, daar er in dit geval een groot onrecht in ligt, dien erfgenaam de vordering te ontzeggen, als hij den eed niet kan doen, omdat van gelooven met betrekking tot positieve feiten geen sprake kan zijn, waar niet-weten 't meest gewone geval is, ligt er dan geen verontschuldiging voor 't lichtvaardig eedzweren in de bepaling der wet zelve die, zooals zij gesteld is, het doen van den eed als eene verplichting van den erfgenaam voorstelt?

Komt de inhoud van den eed in dit geval niet neer op het bezweren van de geloofwaardigheid en nauwgezetheid des erflaters? Maar als dit zoo is, had men het dan niet moeten zeggen? En zou dan niet het ongepaste van dien eed om de verhouding van erfgenaam tot erflater in het oog gevallen zijn en niet minder het weinig afdoende van zoodanigen eed? Waarom dan ook hier niet de dood met den eed gelijk gesteld als in art. 10 K., of althans den eed opgelegd van niet te weten dat de schuld betaald is?

Diezelfde eed van te gelooven werd in art. 823 K., doch alweder in andere bewoordingen, gevorderd van de weduwe of den erfgenaam van den schuldeischer. In art. 1919 dacht men, naar 't schijnt, niet aan een gemeenschapsschuld en vergat daardoor de weduwe. Maar dat men hier menschen, die in den regel van de zaak niets zullen weten, laat zweren in gemoede van de deugdelijkheid der schuldvordering overtuigd te zijn, zou niet exorbitant zijn, indien daarmede bewerkt kon worden dat die eed niet dan na zorgvuldig onderzoek werd afgelegd. Wat aldus zonder veel nadenken werd neergeschreven moet echter de lichtvaardigheid van het zweren in de bedoelde gevallen bevorderen. Niettegenstaande deze eed met dien van de schuldeischers zelven in het ontwerp der faillissementswet op goede gronden was weggelaten, is hij toch bij amendement (de Regeering had het Ontwerp gevolgd) in de wet opgenomen. Art. 119. Doch in plaats van te zweren van de deugdelijkheid der schuldvordering in gemoede overtuigd te zijn, is 't nu weer zoo gemakkelijk gemaakt dat de eed zoo goed als niets beteekent. Want er moet nu onder eede verklaard worden dat de rechthebbende (weduwe of erfgenaam) t. g. t. gelooft dat de schuld bestaat en onvoldaan is. Blijkens de redactieverandering is dus wel bij de wederopneming der bepaling aan den inhoud van den eed gedacht, maar of hij wèl doordacht is zou ik betwijfelen, al ontleent men hem met dat „bestaan en onvoldaan zijn" aan art. 194 § 2 B. W. Verg. IV, 1e st., bl. 168. — Van gelijken aard is de eed, die bij verzegeling en boedelbeschrijving gevorderd wordt van hen die vóór de beschrijving in het bezit der goederen zijn geweest of het huis bewoond hebben waarin de goederen zich bevinden „dat zij niets hebben verduisterd, noch gezien hebben, noch weten dat iets verduisterd is". Art. 661, 7°, 681 7°, B. R., waarbij iemand dus verplicht wordt te zweeren geen misdrijf te hebben gepleegd, in strijd met het beginsel dat de goede trouw moet worden aan-

genomen zoolang de kwade trouw niet bewezen is. Het is dikwijls alsof men naar een waarborg omziende die niet te vinden is, maar den eed te baat neemt met een „Valeat quantum possit!" Mag de eed, als men dien ernstig opvat en ernstig opgevat wil hebben op die wijze gebruikt worden, of is dit geen misbruik? Van hetzelfde allooi is de eed van onwetendheid den geldschieter opgelegd bij art. 611 K. De eed bij art. 604 K. plaatst den verzekerde voor het dilemma van of eene onware verklaring met eede te bevestigen of te erkennen bij de polis eene logenachtige verklaring te hebben afgelegd.

Als zelfstandig bewijsmiddel treffen wij den eed van verklaring aan in onderscheidene gevallen, waarin eene mondelinge of schriftelijke verklaring van eene der partijen in haar voordeel als waar wordt aangenomen, mits zij die met eede bevestige. Dergelijke gevallen kunnen in een geding zich voordoen, maar ook buiten geding komen er voor, waarin een feit als bewezen wordt aangenomen op grond van eene beëedigde verklaring daaromtrent afgelegd door hem wiens recht, of zijne uitoefening, daarvan afhànkelijk is. Zoo wordt het gebrek eener geboorteakte, welker overlegging vereischt wordt bij het aangaan van een huwelijk, verholpen door eene beëedigde verklaring van den aanstaanden echtgenoot dat hij zich geene geboorteakte of akte van bekendheid kan verschaffen, art. 127 B. W., en evenzoo in geval van ontbreken van eene akte van overlijden naar art. 128. De vruchtgebruiker verliest het genot van roerende goederen die door het gebruik verminderen bij gebreke van het stellen van zekerheid niet, mits hij onder eede verklare, dat hij geene zekerheid heeft kunnen vinden, en belove dat hij de goederen bij het einde van het vruchtgebruik weder oplevere. De eed strekt hier eensdeels tot waarborg van de waarheid van het feit dat geene zekerheid te vinden was en voorts tot waarborg van de nakoming eener verbintenis. Dat de eed hier, evenals in artt. 127 en 128 meer vertooning van waarborg is dan dat hij dien werkelijk geeft en dat ook zonder eed voldoende waarborg in de verklaring van de partij te vinden zou zijn, is zeer aannemelijk, maar doet hier niet af; dat evenwel de verplichting tot teruggave even goed moet worden nagekomen als wanneer geen eed werd afgelegd spreekt vanzelf. Duidelijk is het dat beloven hier niet staat tegenover

zweren; het laatste gedeelte van den in art. 834 B. W. voorgeschreven eed is een eed van belofte, die door eene eenvoudige belofte kan worden vervangen, waar de wet dit in het algemeen toelaat. Of er hier overigens op de gezindte moet worden gelet, nu daarvan evenmin als in art. 127 gesproken wordt, daaromtrent verwijs ik naar hetgeen ik zoo straks bl. 290 opmerkte. Zie echter ook IV, 1, bl. 86. — Van denzelfden aard is de eed, welke strekt tot bevestiging van de deugdelijkheid der bij eene boedelbeschrijving gedane opgave. Art. 444 § 2 B. W. art. 578 B. R. — Voorts kan de verhuurder op zijn eed geloofd worden omtrent het bedrag van den huurprijs in geval van art. 1605 B. W., indien hij dit nl. verkiest en de huurder niet de voorkeur geeft aan eene begrooting van deskundigen. (Verg. arr. H. Raad 31 Oct. 1895, W. 6735), en geldt bij het dienstbodencontract, volgens art. 1638, het woord des meesters des noods met eede gesterkt. De bewaarnemer wordt geloofd ook zonder eed volgens art. 1737, maar hem kan de beslissende eed worden opgedragen. Eindelijk komt hier in aanmerking de bepaling van art. 2010 B. W., volgens welke de eed kan worden gevorderd tot bevestiging van het uit tijdsverloop geputte vermoeden van betaling der schuld.

Doch al is de eed in de laatst besproken gevallen een zelfstandig bewijsmiddel en al kan hij als zoodanig ook in een geding voorkomen, het is dan toch niet die eed, welke als zelfstandig bewijsmiddel in den VIden titel van het IVe Boek behandeld wordt en dien ten gevolge meer bepaaldelijk als gerechtelijke eed bekend is. Dit is zoo duidelijk, dat het vergeefsche moeite is, eene moeite waarvan ook geene vruchtbare uitkomst is te wachten, om den in bovenstaande gevallen voorgeschreven eed, zelfs wanneer hij in een geding wordt afgelegd, tot een van de in den VIden titel behandelde soorten van eeden te willen terugbrengen.

De hier te behandelen gerechtelijke eed geeft in verband met de bepalingen der wet, aanleiding om in een eersten titel den beslissenden eed als bewijsmiddel te bespreken. In een tweeden titel stel ik mij voor de bewijsvoering door den beslissenden eed te behandelen. Dan kan ik bij de behandeling van den aanvullenden en den schattingseed, welke het onderwerp van den derden titel zal uitmaken, voor de procedure naar dien tweeden titel, voor zoover noodig, verwijzen.

TITEL I.

DE BESLISSENDE EED. *) BEWIJSMIDDEL.

§ 143. BEGRIP.

De beslissende eed is de eed, welke door de eene partij aan de andere wordt opgedragen om de beslissing der zaak daarvan te doen afhangen. Bepaling.

Wanneer de aldus opgedragen eed door den rechter wordt opgelegd en door de tegenpartij wordt afgelegd, moet de rechter de waarheid van het bezworen feit aannemen. Want de partijen zijn dan, overeenkomstig de bepalingen der wet, overeengekomen om de waarheid van het besliste feit van den eed afhankelijk te stellen.

Wordt daarentegen de eed geweigerd dan moet de rechter de waarheid van het tegenovergestelde feit, op grond van een onbetwistbaar wettelijk vermoeden, aannemen. Art. 1966 n°. 1, 1968, 1969, 1973, 1974 B. W.

In het algemeen is de partij, aan welke de eed werd opgedragen, bevoegd dien terug te wijzen. Aanneming en weigering van den teruggewezen eed hebben met opzicht tot de waarheid van het te bezweren feit dezelfde gevolgen als die van den opgedragen eed. Art. 1969 B. W.

De bepaling, welke de wetgever in art. 1966 n°. 1 van den beslissenden eed geeft, wijst meer op de onderscheiding tusschen den beslissenden en den aanvullenden en den schattingseed dan dat zij het eigenaardig karakter van den beslissenden eed doet kennen. De tegenstelling, welke in n°. 1 en 2 van het artikel gemaakt wordt en de aanhef van het artikel zelf duiden ook aan

*) Ik heb over den eed in 't algemeen geen litteratuur aangehaald. Ieder vindt die even gemakkelijk als ik en waarom een lange lijst van boeken op te nemen waar het begin gemakkelijk, maar het einde moeilijk te vinden is? Ook hier onthoud ik mij van andere aanhaling dan die van Feith's verdienstelijk proefschrift te Leiden in 1892 verdedigd en dat beoordeeld werd in Weekbl. v. h. R. 6851. Rechtsgeleerd Magazijn XV, bl. 154. Daar staat veel en veel goeds in dat proefschrift en het is de laatste monografie over het onderwerp bij ons uitgegeven.

dat de wetgever nog meer de onderscheiding, als ter inleiding van de verdere artikelen van den VI[den] titel vooropzet dan dat hij bedoeld heeft eene bepaling te geven. Alleen het punt waarin beslissende en aanvullingseed van elkander verschillen geeft hier beider karakter aan, al had de wetgever het nauwkeuriger kunnen doen. Beide worden zij door den rechter opgelegd, beide strekken tot de beslissing der zaak, maar de eed, dien de rechter oplegt en niet anders oplegt dan ten gevolge van eene opdracht van de eene partij aan de andere, heet bij uitnemendheid de beslissende eed, terwijl de aanvullings en de schattingseed door den rechter ambtshalve opgelegd worden.

Het bijzonder karakter van den beslissenden eed aan de eene en van den aanvullenden en schattingseed aan den anderen kant wordt in de verdere bepalingen van den titel ontwikkeld. Wat den beslissenden eed aangaat, het geeft weinig, als men weet, dat hij ter beslissing van de zaak wordt opgedragen, dit is niet veel meer dan een „idem per idem". Het komt er op aan in welken zin en langs welken weg de beslissing daardoor bereikt wordt. Uit de nadere beschrijving, welke ik naar aanleiding van de aangehaalde wetsartikelen daarvan gaf, blijkt dat hij strekt om den rechter de waarheid te doen aannemen van een feit waarvan de beslissing van het geschil afhankelijk is. En daaruit volgt het karakter van den eed als bewijsmiddel, waartoe hij dan ook terecht door den wetgever gebracht wordt, gelijk hij in art. 1974 spreekt van het bewijs dat de opgelegde eed oplevert. Maar ditzelfde treffen wij ook aan bij den aanvullings- en bij den schattingseed. De wetgever zegt het met opzicht tot den aanvullenden eed met zoovele woorden in art. 1977 „daarvan de beslissing der zaak te doen afhangen", terwijl, wanneer de rechter den eed oplegt „om een toe te wijzen bedrag te bepalen", door dien eed aan den rechter de voor hem noodige zekerheid wordt verschaft om het toe te wijzen bedrag te bepalen, en zoo het geschil over dit bedrag te beslissen. En zoo komen wij tot het resultaat dat niet in de benaming van „beslissende eed" het eigenaardig karakter van dezen eed is uitgedrukt, maar dat dit daarin ligt, dat de wil van partijen de beslissing van het geschil, welke van de waarheid of onwaarheid van een feit afhankelijk is, van den eed van een hunner afhankelijk stelt, in zoover als de waarheid van dit feit door en van het afleggen van den eed wordt afhankelijk

gemaakt. Er bestaat onzekerheid omtrent een feit, waarvan de beslissing van 't geschil afhankelijk is, de partij op welke de bewijslast rust, heeft geen ander bewijsmiddel tot haren dienst of wil van geen ander bewijsmiddel gebruik maken; zij verlaat zich om tot de waarheid van het feit te komen op de waarheidsliefde van de tegenpartij. Het woord van deze met eede gesterkt wil zij als waar aannemen. Als dan de tegenpartij haar woord met eede bevestigt, den eed aanneemt en dien aflegt, dan is de rechter verplicht de waarheid van het feit, in overeenstemming met der partijen wil, aan te nemen. Des rechters oordeel over de waarachtigheid van den eed, welke de tegenpartij die dezen eed opdroeg niet betwisten wil en niet betwisten mag, is wel uitgesloten, maar dit is niet anders bij de bekentenis en ook bij andere bewijsmiddelen komt iets dergelijks voor.

Men kan vragen of de eed, welke alzoo een bewijsmiddel is, door de wijze waarop dat middel in toepassing wordt gebracht niet eene bijzondere rechtshandeling in zich sluit. Daartegen bestaat op zich zelf geen juridiek bezwaar (verg. blz. 197) en met anderen heb ik gemeend daarin eene overeenkomst te vinden. Behalve dat ik meende in Pandekten en Codex grond voor dit gevoelen aan te treffen, vond ik de bevestiging daarvan in de analyse der handeling welke ik met deze woorden teruggaf: „Immers verklaart de eene partij door de opdracht van den eed, de beslissing van het geschil aan de tegenpartij over te laten, mits deze de waarheid van haar beweren met eede bevestige, terwijl de andere partij verklaart die beslissing op zich te nemen. Deze vervult hare verplichting door het afleggen van den eed, gene door te berusten in en te voldoen aan de daardoor verkregen beslissing", d. i. met andere woorden: aan de beslissing des rechters omtrent het bezworen feit die daarvan noodzakelijk het gevolg moet zijn. „En daarmede", dus vervolgde ik, is niet in strijd het edict des praetors „eum a quo iusiurandum petatur, iurare aut solvere cogam", wat teruggevonden wordt in art. 1969 B. W. gelijk ik dit t. z. p. nader ontwikkelde. „Over den aard van den beslissenden eed" in Ned. Jaarb. v. Rechtsgeleerdheid en Wetg. XIIe deel (1850) blz. 641 v. Ook doet het niet af, of hij die den eed opdraagt de bedoeling hebbe dat deze niet zal worden aangenomen. Vooreerst behoeft dit het geval niet te zijn, en kan het meermalen voorkomen dat hij die den eed opdraagt zelf in onzekerheid verkeert

omtrent de waarheid van het feit; ten andere wordt bij geene overeenkomst naar de bedoeling van de partijen gevraagd in den zin van het doel dat ieder hunner voor zich met het sluiten der overeenkomst in het bepaalde geval zich voorstelt te bereiken. Dit blijft geheel buiten aanmerking. Dit gevoelen werd niet lang geleden bestreden door Mr. R. FEITH in zijn degelijk Acad. proefschrift bl. 26 v. en laatstelijk door Mr. P. A. TICHELAAR in Rechtsg. Magazijn Dl. XII, bl. 30 v. Zie ook XV, bl. 154. Mr. FEITH erkent echter dat de beslissende eed in het R. R. op overeenkomst berust, (bl. 42) en, ofschoon hij beweert „dat onze wet zich niet heeft uitgelaten over de vraag, of aan den eed eene overeenkomst ten grondslag ligt of niet", versmaadt hij de gevolgtrekking te maken uit meer dan een artikel der wet, hetwelk alleen uit het karakter van overeenkomst is te verklaren. Ook stelt hij althans in zijn betoog op bl. 34 v. op den voorgrond, dat, nu de wetgever den eed als bewijsmiddel heeft aangenomen de aard van overeenkomst daardoor wordt uitgesloten, terwijl, gelijk ik opmerkte, de eed bewijsmiddel is maar desniettemin op eene overeenkomst kan berusten, wat Mr. FEITH op de zoo even aangehaalde plaats toch ook weder als mogelijk onderstelt. Ik zal met een Romanist als Mr. TICHELAAR niet twisten over 't recht verstand van Pandecten en Codex, maar 't wil mij toch voorkomen dat hij in dezen het gezag van PAULUS (altijd toch een van de vijf!) wat heel gemakkelijk wegredeneert en, hoe scherpzinnig zijne opmerkingen over de samenstelling van den titel der Digesten de iureiur. vol. en over den zin, dien de daar opgenomen fragmenten oorspronkelijk gehad hebben, moge zijn, men kan daarop, dunkt mij, moeilijk bouwen de beteekenis, welke de compilatoren er aan gegeven hebben en wij moeten hunne, ook ons min welgevallige, interpolaties mede als Justiniaansch recht aannemen, terwijl alleen daarop door de juristen van lateren tijd is voortgebouwd. Ik meen ook bij dit laatste te moeten behartigen wat de Schr. ons op bl. 48 op het hart drukt, wanneer wij het Just.-recht uit de Pandecten willen leeren kennen. Of nu de vergelijking met pactum conventum van PAULUS of TRIBONIANUS afkomstig is, maakt voor het Just.-recht, dunkt mij, weinig uit; ja, is werkelijk het slot van l. 35, § 1, de iureiur. vol. XII, I, waarin die vergelijking voorkomt, eene interpolatie, dan zou daardoor de opvatting van het karakter van

den eed in Justinianus' tijd nog duidelijker uitkomen. Mij schijnt nog altijd de l. 1 C. de reb. cred. IV. I, welke ik bij Mr. TICHELAAR niet besproken vond, die leer ten duidelijkste te bevestigen. Daar lees ik: „Causa iureiurando ex consensu utriusque partis vel remisso decisa nec periurii praetextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiatur." Hier is met geen mogelijkheid aan een iusiurandum voluntarium te denken. Uitdrukkelijk wordt gezegd, dat de zaak ex consensu utriusque partis is afgedaan door een opgedragen en afgelegden of teruggewezen eed. Waar de heer TICHELAAR, op bl. 55, het karakter van overeenkomst ook voor ons recht bestrijdt, schijnt hij uitsluitend aan de obligatoire overeenkomst te denken. Voldoet de eedovereenkomst daaraan niet, wanneer men aan de obligatoire overeenkomst eene beperkte beteekenis geeft, we hebben toch het begrip van overeenkomst niet eens tot de obligatoire te beperken. De nadere bepaling van overeenkomst die noodig is om haar obligatoir karakter aan te geven, wijst zelve op een ruimer algemeen begrip.

Dat onze wetgever in opdracht en aanneming van eed eene overeenkomst ziet, blijkt uit de gevolgen welke hij daaraan toekent in de artt. 1972 en 1974, tot op één zekere hoogte ook art. 1973. De met deze bepalingen overeenstemmende artikelen, 1363, 1364 en 1365 C. C., worden ook door POTHIER n°. 915, die van dading niet rept, als onmiddellijk uitvloeisel van het karakter van overeenkomst voorgesteld en met zijne gewone duidelijkheid en eenvoudigheid wordt dit door hem uiteengezet: „En effet, lorsque une des parties défère à l'autre le serment sur ce qui fait l'objet de la contestation qu'elles ont ensemble, pour en faire dépendre la décision, et que celle des parties à qui le serment est déféré accepte la condition, et en conséquence rend son affirmation, ou déclare être prête à la rendre, il en résulte une convention par laquelle ces parties conviennent s'en tenir à ce que la partie aura affirmé; de laquelle convention naît une obligation qui contraint la partie qui défère le serment de s'en tenir à ce qui aura été affirmé; ce qui l'exclut de pouvoir demander à faire aucune preuve du contraire." Opmerking verdient wat VON SAVIGNY Syst. VII, bl. 89, 90 schrijft tegen de meening alsof het Rom. recht zoo groote wijziging zou hebben ondergaan, dat daarvan zoo goed als niets zou zijn overgebleven.

„So ist es aber in der That nicht; die eingetretenen Veränderungen betreffen mehr die Form, als das Wesen der Sache..... Selbst die wahre Vertragsnatur jenes Eides mit ihren wichtigen Folgen ist unverändert geblieben." En toch kon hij met recht op bl. 86 zeggen: „Der Eid ist jetzt blosses Beweismittel", want daarmede is de vraag niet beantwoord hoe dat bewijsmiddel wordt te werk gesteld. Het karakter van overeenkomst wordt ontkend door DIEPHUIS, erkend door LAND III, 2, bl. 460 n[t] 5.

De indirecte dwang, welke op de tegenpartij gelegd wordt om den eed aan te nemen is niet van dien aard dat daardoor zijne vrijheid van wil in het aangaan der overeenkomst gezegd kan worden opgeheven te zijn. Wanneer de partij die den eed opdraagt verklaart zich op de waarheidsliefde van de andere te willen verlaten en deze door den eed af te leggen gelijk kan krijgen, dan bestaat er alle grond voor 't vermoeden, dat, in geval van weigering, de waarheid aan de andere zijde ligt; te meer dewijl zij het afleggen van den eed nog kan ontgaan door den eed aan hem die hem opdroeg terug te wijzen. Hij aan wien de eed werd opgedragen is alzoo niet verplicht den eed af te leggen. Want, liet hij zich dwingen tegen beter weten aan, hij deed onrecht; hij legt den eed af, wanneer hij gelijk meent te hebben, en weigert dit als hij die overtuiging niet heeft. Kan zulk een dwang om de waarheid te spreken, waar men een strijd over de waarheid heeft aangevangen een onredelijke of onzedelijke dwang heeten, voor hem die van de waarheid van het eigen beweren overtuigd is? Men zal toch wel niet kunnen zeggen dat iemand tot het afleggen van den eed gedwongen wordt omdat hij anders geen gelijk kan krijgen, wanneer hij dit inderdaad niet heeft! Bij het niet afleggen en niet terugwijzen van een opgedragen eed wil de wetgever dat hij die den eed niet aflegde noch terugwees, in het ongelijk gesteld worde. Hij neemt dus aan dat deze partij ongelijk heeft en dit kan alleen goedgemaakt worden omdat zij dan vermoed wordt haar beweren op een onwaar feit te hebben doen steunen, zoodat dit nu van zijn grond wordt beroofd. Het vermoeden bestaat hier in de gevolgtrekking, welke de wetgever maakt uit het bekende feit: het niet willen bezweren van een feit terwijl men daarmede zijn proces kan winnen, tot de onwaarheid van dat feit, naar welks waarheid of onwaarheid, het onbekende feit, onderzoek

wordt gedaan. Had de wetgever daarop het oog toen hij in art. 1953 n°. 4 tot de wettelijke vermoedens bracht „de kracht welke de wet aan der partijen eed toekent", men zou dit eene niet onjuiste gedachte kunnen noemen, maar de uitdrukking daarvan is zóó, dat het niet afleggen van een eed daaronder niet gebracht kan worden. Intusschen gaat het toch wel wat ver om, zonder eenig onderscheid, op grond van de weigering van den eed het straks vermeld vermoeden te bouwen en eene manifesta turpitudo en confessio bij hem die den eed weigert aan te nemen, en POTHIER beweert te veel als hij zegt „je ne puis ignorer mon propre fait." Daarom bepaalt de Civilprozesord. terecht in § 424 dat, terwijl in den regel over een persoonlijk feit den eed moet luiden „dass die Thatsache wahr oder nicht wahr sei", echter ook hier de rechter kan bepalen, dat de eed dus worde geformuleerd: „dass der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt habe dass die Thatsache wahr oder nicht wahr sei." De rechter heeft hier namelijk na te gaan of de omstandigheden van het bijzonder geval van dien aard zijn dat van den eedplichtige niet kan gevorderd worden dat hij de waarheid of onwaarheid van het feit bezweere.

Berust alzoo de beslissende eed op eene overeenkomst van partijen, wordt de eed, als bewijsmiddel, krachtens die overeenkomst en de voldoening aan de daaruit voortspruitende verbintenissen in toepassing gebracht, van eene transactie kan geen sprake zijn. Zie mijn opstel in de Ned. Jaarb. t. a. p. Ik geloof dan ook niet dat het Hof van Amsterdam eene juiste uitspraak gaf, toen het, bij arr. van 9 Nov. 1894 W. 6591, ambtshalve overwoog, dat de eedsopdracht en aanneming tot de schikkingen behoort, waarvan in art. 884 K. sprake is. De H. Raad vernietigde deze uitspraak bij arr. van 25 April 1895 W. 6667. De Raad overwoog daarbij echter niet alleen dat de beslissende eed evenmin eene eigenlijke dading en ook geen schikking is, maar voegde er uitdrukkelijk bij dat aan de opdracht ten onrechte het karakter wordt toegekend van eene overeenkomst „die om haar beslag te krijgen de eedsaflegging zelve tot complement zou behoeven." Dat deze karakterizeering van de overeenkomst niet met de mijne overeenstemt, zal ik wel niet behoeven op te merken. Wanneer de Raad daar dan bijvoegt „dat de opdracht niets anders is dan het aanwenden van een bewijsmiddel" dan zou ik willen vragen,

welken bewijsgrond die opdracht oplevert en of deze niet geheel afhangt van wat de tegenpartij op die opdracht antwoorden zal, of zij die zal aannemen en zich daardoor tot eedsaflegging verbinden of wel die zal weigeren. Zonder een of ander is de opdracht geen bewijsmiddel. De onjuistheid van de beslissing van den H. Raad ligt, dunkt mij, daarin dat hij het voorstelt alsof het karakter van overeenkomst dat van bewijsmiddel uitsluit. Mij komt het voor dat, als de eed wordt aangenomen, het bewijsmiddel in werking wordt gebracht door eene overeenkomst zooals POTHIER dat duidelijk maakt t. a. p. Het hof te 's Hertogenbosch beschouwde in een arrest van 19 Juni 1894 W. 6543 den beslissenden eed als het uitvloeisel van den overeenstemmenden wil van partijen, zoodat de rechter te onderzoeken heeft, of die overeenstemmende wil wel bestaat, zal hij den eed opleggen. Bij een arrest van den H. Raad van 17 Febr. 1854 W. 1583 werd overwogen dat „de eed een judicieel contract tusschen partijen daarstelt."

Zoo rationeel als het is aan eene partij in een geding de bevoegdheid toe te kennen om zich aan de waarheidsliefde van de tegenpartij te gedragen, door zich te verbinden als waar te zullen erkennen wat deze zal gezworen hebben waarheid te zijn, zoo rationeel is het ook om de tegenpartij gelijke bevoegdheid toe te kennen om nl. het in haar gestelde vertrouwen met gelijk vertrouwen in de andere te beantwoorden. Dit ligt in het terug wijzen van den eed welke werd opgedragen. Die terugwijzing staat, wat het karakter der handeling betreft, met eene opdracht gelijk en heeft hetzelfde gevolg. De partij neemt de opdracht niet aan, sluit de voorgestelde overeenkomst niet af, maar noodigt harerzijds de tegenpartij tot de overeenkomst uit. De terugwijzing kan echter alleen met aannemen of weigeren beantwoord worden. Art. 1969. Hernieuwde terugwijzing zou de bevoegdheid tot terugwijzing van hare kracht berooven.

Het overlaten van de beslissing omtrent de waarheid van een feit aan de tegenpartij moet geschieden in het vertrouwen op hare waarheidsliefde. Doch dewijl hier het geldelijk belang in het spel komt, is het niet meer dan natuurlijk dat men op een bijzonderen waarborg voor die waarheidsliefde is bedacht geweest.

Eene verklaring onder eede te vorderen lag daarbij voor de hand. Men zegge niet dat men van waarheidlievende personen, van menschen, die gewoon zijn de waarheid te spreken, dergelijken bijzonderen waarborg niet noodig heeft, terwijl men van leugenaars ook met dien waarborg geen waarachtige uitspraak verkrijgt. Vooreerst is die indeeling van de menschen in waarheidlievenden en leugenaars met de werkelijkheid in strijd. Zouden er niet zeer velen gevonden worden, die in het dagelijksche leven het met de waarheid van hetgeen zij zeggen, zoo heel nauw niet nemen en die ook wat al te gemakkelijk er toe komen om door een ander, door hem niet behoorlijk in te lichten, onwaarheden of min juist voorgestelde feiten te laten zeggen, wat vooral in gedingen zoo gemakkelijk geschiedt, doch die, wanneer zij op ernstige wijze geroepen worden de waarheid te verklaren, begrijpen dan niet anders dan de waarheid te mogen verklaren, hetzij dat hun beter ik ontwaakt en zij door hun zedelijk-godsdienstig gevoel daartoe gedreven worden, hetzij de vrees voor straf hen bekruipt, doordien zij in een wrekenden hemelschen rechter gelooven of ook alleen voor de toepassing van art. 207 Swb. beducht zijn? Maar, zal dan dit rechtsmiddel van den beslissenden eed niet veel van zijne waarde verliezen, wanneer ook daarbij de keuze tusschen eed of verklaring aan de individueele gezindheid wordt overgelaten? Dat die vrijheid om in plaats van den eed eene verklaring zonder eed af te leggen aan de Doopsgezinden en anderen, wier godsdienstige belijdenis het eedzweren verbiedt, moet worden toegekend, hebben wij gezien. Is evenwel inderdaad dat verbod een waarborg dat de zoodanigen ook zonder eed waarheid zullen spreken? Neen, maar daarin ligt ook niet de reden dat men hen vrijlaat. Men laat hen vrij omdat zij nu eens om godsdienstige beweegredenen niet mogen zweren en hun de vrijheid van die belijdenis is gewaarborgd. Daarom schrijft de wet dit voor. Wien 't daarentegen niet verboden is, die moet, en van hem wordt daarom de bijzondere waarborg geëischt. Deze redeneering is evenwel tegen de aan een ieder individueel gewaarborgde vrije belijdenis niet bestand. Van die overtuiging is de Grondwetgever bij de verandering welke art. 83 Gwt, in het tegenwoordig art. 87 onderging, uitgegaan. En zoo moet ook de bevoegdheid om in plaats van den eed eene verklaring af te leggen nu aan een ieder worden toegekend.

Het kan dus eigenlijk de vraag niet zijn, of daardoor het bewijsmiddel van den eed in kracht en deugdelijkheid heeft verloren. Is dit zoo, men zal het moeten lijden. Vermindert daardoor het gebruik van de eedsopdracht, daar is niets aan te doen. Verandering in zeden, in godsdienstige overtuiging kan op de wetgeving en de rechtsinstellingen niet zonder invloed blijven. „Quid leges sine moribus vanae proficiunt!" Maar als men nauwkeuriger op de werkelijkheid let en de overgeleverde gedachte waarmede men te veel bezet is op zijde wil zetten, dan zal men bevinden dat voor zoover men met vrijdenkers te doen heeft, men toch aan een door hen afgelegden eed niet meer kan hebben dan aan eene verklaring. Voor zoover men te doen heeft met hen die om godsdienstige bezwaren liever geen eed afleggen, hunne waarheidsliefde zal ook zonder eed waarborg genoeg opleveren en wie uit lichtzinnigheid zich van den eed afmaken en om eene mogelijke toepassing van art. 207 Swb. niet geven, van de zoodanigen zal ook de eed weinig betrouwbaarheid aanbieden. Men heeft het dan slechts te betreuren tot zoodanige lichtzinnige personen in rechtsbetrekking gekomen te zijn. Zal het te verwachten zijn dat er minder eeden en meer verklaringen worden afgelegd, er zal te eerder aanleiding bestaan om, waar het uitspreken van een formulier wegvalt, de verklaring zelve, die tot dusver bezworen plag te worden, te doen uitspreken. De lijdelijkheid van den burgerlijken rechter, die zeker hier in dien zin en terecht wordt toegepast dat hem geen oordeel toekomt over de meerdere of mindere waarachtigheid van de onder eede afgelegde verklaring, mag hem niet doen gelooven dat de eedsopdracht en de eedsaflegging louter eene zaak van partijen is, die hem in het geheel niet aangaat. Waar hij geroepen wordt het verrichten der handeling te leiden, den eed of de verklaring af te nemen, daar is het ook zijn plicht om te zorgen, voor zooveel hij daartoe kan bijbrengen, dat de ernst van het oogenblik bij het afleggen van de verklaring, zoowel als van den eed, door de partij die daartoe geroepen wordt, levendig worde gevoeld, dat zij onder het gewicht van hare handeling worde gebracht.

Ik zou om deze redenen den beslissenden eed (verklaring) als bewijsmiddel niet willen afgeschaft zien. Al verloor het middel veel van zijne waarde, er zouden nog gevallen genoeg overblijven waarin het met goed gevolg kon worden toegepast Bleek dit

evenwel niet zoo te zijn, dan zou het van zelf langs natuurlijken weg uit de rij der bewijsmiddelen verdwijnen.

§ 144. VEREISCHTEN TOT HET MIDDEL.

De beslissende eed kan tot bewijsmiddel dienen en alzoo worden opgedragen omtrent alle geschillen van welken aard ook, behalve die waarover partijen geene dading zouden mogen treffen, of waarin hare bekentenis niet in aanmerking zou kunnen genomen worden. **Toegelaten in alle zaken.**

Is de zaak waarin de eed wordt opgedragen van dien aard, dat de eed als bewijsmiddel niet is uitgesloten en hij alzoo tot hare beslissing mag dienen, dan zijn nog de volgende vereischten door de wet gesteld om den beslissenden eed als bewijsmiddel toe te laten.

De eed mag alleen tot onderwerp hebben een feit dat aan de partij, aan welke de eed wordt opgedragen, persoonlijk eigen is, zoodat het door haar persoonlijk waargenomen is of bestaat in eene handeling door haar persoonlijk verricht. Van de waarheid of onwaarheid van zoodanig feit moet de beslissing van het geschil afhangen. **Persoonlijk feit.**

De eed moet door de eene partij aan de andere worden opgedragen en door deze aangenomen en afgelegd, of wel de aanneming en aflegging moet plaats hebben ten gevolge van eene terugwijzing, d. i. opdracht van den eed door de tegenpartij aan die partij welke hem aanvankelijk opdroeg. **Opdracht, aanneming, terugwijzing.**

Opdracht, aanneming en terugwijzing moeten van de partijen zelve, persoonlijk, uitgaan, deze moeten daartoe ook bekwaam zijn. Artt. 1967, 1968, 1970.

Dit overzicht van de wettelijke bepalingen omtrent de vereischten tot den beslissenden eed, als bewijsmiddel, wijst tevens de onderscheidene punten aan, welke wij in deze § nader hebben te ontwikkelen.

Daar in de vorige § werd aangetoond dat de onbeëedigde verklaring, waar die geacht moet worden toegelaten te zijn, in vereischten en rechtsgevolgen natuurlijk met de beëedigde verklaring gelijk staat, heb ik gemeend mij van de uitdrukkelijke vermel-

ding van die onbeëedigde verklaring naast den eed, kortheidshalve te mogen onthouden. Wat van den eed geldt, geldt van haar.

Wanneer de eed alleen kan worden opgedragen om de waarheid of onwaarheid uit te maken van een feit, gelijk dit uit art. 1968 volgt, dan moet de zin van de in art. 1969 § 1 voorkomende woorden, waardoor de eed wordt uitgesloten omtrent alle geschillen behalve die waarover partijen geene dading zouden mogen treffen of waarin hare bekentenis niet in aanmerking zou kunnen genomen worden, wel hierop neerkomen, dat door den eed de waarheid of onwaarheid niet kan uitgemaakt worden van zoodanige feiten welke, al bestond daarover tusschen partijen geen geschil en al wilden deze ze voor waar erkennen, echter op dien grond door den rechter niet als waar zouden mogen worden aangenomen. Dat de bekentenis wordt vermeld in verband met den geweigerden eed, is duidelijk omdat de wetgever op grond van de weigering het bestaan van het feit vermoedt, art. 1969. De wetgever had zich ook met het oog op den afgelegden eed wel kunnen houden aan de uitsluiting van feiten, waaromtrent de bekentenis niet in aanmerking kan worden genomen, want ook wanneer op grond van den afgelegden eed de waarheid van een feit wordt aangenomen geschiedt dit op grond van de verklaring daaromtrent door eene der partijen afgelegd en staat deze in zoover met de bekentenis gelijk. Klaarblijkelijk spreekt de wetgever evenwel van geschillen waaromtrent partijen geene dading zouden mogen treffen, meer bepaaldelijk met het oog op den afgelegden eed. Dat hem daarbij de gelijkstelling van den beslissenden eed met eene dading voor den geest zweefde is weinig twijfelachtig, al is het niet met zekerheid te zeggen. Dat TOULLIER bij onze wetmakers groot gezag had mag wel als vaststaand beschouwd worden en, als TOULLIER X, n⁰. 363 zegt, dat „pour rendre parfaitement exacte la disposition de l'article 1358, il faut dire: „Le serment décisoire peut être déféré sur quelle contestation que ce soit, sur laquelle on peut transiger," dan is 't nauwlijks te betwijfelen, of onze wetgever heeft bij de redactie van art. 1967 § 1 van die les van TOULLIER gebruik willen maken. Maar dan was hij daardoor ook geraakt in TOULLIER's gedachtengang, wanneer deze de door hem voorge-

stelde aanvulling van art. 1358 C. C. aanprijst omdat, zooals hij aan de aangehaalde woorden vooraf laat gaan, „il est incontestable que le serment contient, comme nous l'avons prouvé, une véritable transaction." En die redeneering past volkomen op de woorden van 1358, waar het den eed toelaat „sur quelle contestation que ce soit", wat ons art. 1967 § 1 overbrengt met te zeggen: „omtrent alle geschillen" terwijl er, in verband met de beperking van het onderwerp van den eed tot feiten, had moeten staan, niet: „OMTRENT, maar: IN alle geschillen. Daar is in art. 1967 § 1, in verband met 1968, blijkbaar een hinken op twee gedachten of liever, er zit in art. 1967 § 1 iets van den ouden zuurdeesem, dien art. 1968 uitsloot. Wat nu te doen? Alleen op grond van die verwijzing naar de dading besluiten, dat de eed eene dading inhoudt, wat art. 1968 niet duldt, omdat men wel over rechten en rechtsbetrekkingen maar niet over feiten transigeert? Neen, men maakte art. 1968 krachteloos. Men kan uit art. 1967 § 1 niet anders dan eene vergelijking met dading putten, niet anders dan eene verwijzing zien op eene analogie met dading. En als wij dan zien dat dading is uitgesloten voor die rechten of rechtsbetrekkingen waarover partijen geene beschikking hebben, dan moeten we hier denken aan feiten die niet ter beschikking van partijen staan en dat kunnen geene andere wezen, in het verband waarin hier daarvan gesproken wordt, nl. in verband met het bewijs, dan zoodanige feiten, welker waarheid of onwaarheid niet van der partijen verklaringen afhankelijk is of, m. a. w., welker waarheid of onwaarheid door den rechter niet op de verklaring van partijen, al waren zij 't er over eens, kan worden aangenomen.

Maar ligt er dan toch ook niet in den eed eene beschikking over een recht of rechtsbetrekking? Wordt niet het geschil, dat altijd loopt over een recht of rechtsbetrekking, door het afleggen of weigeren van den eed uitgemaakt? Dit laatste is zeker waar, maar dit is alleen het gevolg daarvan dat de waarheid of onwaarheid van het feit, waarvan de beslissing van het geschil afhankelijk is, door den eed uitgemaakt wordt. Partijen maken het geschil niet uit, zij beslissen de zaak niet maar de waarheid of onwaarheid van het feit, waarvan de beslissing afhangt, wordt door hunne verklaring uitgemaakt. Bij de dading daarentegen komt het op de waarheid of onwaarheid der feiten, die tot het geschil mogen aanleiding geven, niet aan; partijen laten die voor hetgeen ze zijn (behou-

dens de bepalingen van art. 1897 en 1898) en doen een nieuwe rechtsbetrekking ontstaan tot opheffing van die over welke tusschen hen geschil was. Daarom ligt in de dading eene beschikking over een vermogensbestanddeel, bij den eed niet. Bij den eed beschikken zij in straks vermelden zin over feiten of, om beter te zeggen, over de waarheid daarvan. Van dading is geen sprake, niet dan eene flauwe analogie, die alleen aan de verouderde traditie eenige kleur ontleent. Van schikking geen zweem, waar het geldt: „zweer of betaal". Van geven en nemen is geen sprake. Men dwingt om den eed af te leggen als men zijn feitelijk beweren wil volhouden; men wordt gedwongen om van zijn beweren af te zien, als men het niet beëedigen wil.

Welke zijn nu de geschillen, in welke de waarheid van de feiten waarvan de beslissing afhangt, niet door den beslissenden eed kan worden uitgemaakt? Het zijn die welke den staat der personen betreffen. Ten aanzien van de feiten waarvan de staat der personen afhankelijk is, had de wetgever den eed en ook de bekentenis moeten uitsluiten. Hij deed dit evenwel alleen doordien hij omtrent sommige feiten, van welke de staat der personen afhankelijk is, bepaalde bewijsmiddelen voorschreef en den eed en de bekentenis uitsloot door ze niet te noemen, zooals bij de afstamming. Ten aanzien van de feiten, van welker bestaan echtscheiding en scheiding tafel en bed afhankelijk zijn, deed hij dit evenwel niet. De bekentenis is dientengevolge in deze geschillen niet uitgesloten, gelijk wij vroeger zagen. Maar de uitsluiting van den eed volgt uit art. 1967 § 1. Want in zoover moeten wij toch blijven hechten aan de bewoordingen van dat artikel, dat er gesproken wordt van eedsopdracht omtrent geschillen, waarover partijen geene dading zouden mogen treffen, en dat daar dus uitgesloten worden geschillen over welker onderwerp partijen geen recht van beschikking hebben. Dewijl nu beschikking in dien zin alleen op het gebied van het vermogensrecht tehuis behoort en al wat den staat der personen betreft daarbuiten ligt, zoo sluit de wet de eedsopdracht uit ten aanzien van feiten, die den staat der personen betreffen. Zoo besliste de Rechtbank te Utrecht 29 November 1893 W. 6450 te recht, dat omtrent feiten, op grond waarvan scheiding van tafel en bed wordt gevorderd geen eed kan worden opgedragen. Dit neemt

niet weg dat omtrent eene beweerde verzoening de eed kan toegelaten worden, gelijk geoordeeld werd door de Rechtbank te Leeuwarden 30 Mei 1895 W. 6710). Dat de wetgever in enkele gevallen de onzekerheid van feiten, waarvan de staat der personen afhankelijk is, door een eed laat opheffen (art. 127 § 3, 128 B. W.) is met de uitsluiting van den beslissenden eed ten aanzien van feiten die den staat der personen betreffen, niet in strijd.

Vroeger merkte ik reeds op, dat de uitsluiting van den eed in gevallen, waarin de bekentenis van partijen niet zoude in aanmerking kunnen worden genomen, een terugslag bevatte op de weigering van den eed, welke de wetgever niet wilde hebben uitgelokt, althans niet met het in het ongelijk stellen van de weigerende partij wilde gestraft hebben, in geval hare bekentenis niet tot het uitmaken van de waarheid kan dienen. Waarschijnlijk heeft de wetgever gemeend, en dit terecht, dat bij de weigering om den eed af te leggen elk denkbeeld, zelfs het traditioneele, van dading verviel. Toch had hij licht kunnen inzien dat de bijvoeging overbodig was omdat, waar in de uitsluiting van de eeds*opdracht* behoorlijk voorzien was, aan eeds*weigering* niet behoefde gedacht te worden. Op zichzelf is echter de uitsluiting van den eed als bewijsmiddel waar de bekentenis is uitgesloten, zeer rationeel, niet juist omdat de weigering een gelijkgeven aan de tegenpartij omtrent het betwiste feit in zich sluit, wat in werkelijkheid met eene bekentenis vrijwel overeenkomt, maar omdat in uitsluiting van de bekentenis een verbod ligt aan den rechter, om feiten als waar aan te nemen op grond van der partijen verklaring alleen. Alzoo waar geen bekentenis ook geen eed, die evenals de bekentenis, de waarheid van der partijen verklaring afhankelijk stelt. Ongelukkig heeft nu de wetgever de bekentenis slechts in een enkel geval uitdrukkelijk, in andere gevallen alleen door bepaalde bewijsmiddelen, buiten de bekentenis, toe te laten uitgesloten, zoodat zij, gelijk wij zagen bl. 208, niet uitgesloten is, waar zij op denzelfden grond als de eed uitgesloten had moeten worden.

Evenals de bekentenis kan ook de eed uitgesloten zijn, waar de wetgever, zooals bij de afstamming, bepaalde bewijsmiddelen met stilzwijgende uitsluiting van anderen aanwijst. Zoo sluit de eisch der wet, dat tot het wezen van eene handeling geschrift vereischt wordt, den eed uit om die handeling te bewijzen. Ge-

heel iets anders is het wanneer een van zoodanige handeling opgemaakt geschrift beweerd wordt verloren te zijn gegaan. Dan wordt het opmaken van de akte en daarmede haar vroeger bestaan tot onderwerp van den eed gemaakt. In verband met en als gevolg van 't geen ik ten aanzien van de bewijskracht der authentieke akte op bl. 118 en vv. van het eerste stuk van dit deel schreef en waaraan ik op bl. 128 de stelling ontleen: „De waarheid van de akte, voor zoover die van den ambtenaar afhangt, staat vast zoolang niet de valschheid zijner verklaringen is aangetoond," kan ik volstrekt niet deelen het gevoelen, nog weder door Mr. Feith bl. 67—71 verdedigd, dat de eed tot vernietiging van de hier bedoelde waarheid van de akte zou kunnen worden aangewend. Ten aanzien van de op blz. 70 door dien schrijver gemaakte opmerking omtrent de onrechtvaardigheid, welke het gevolg zou zijn van de uitsluiting van den eed, indien de notaris eene vergissing mocht hebben begaan en een van de partijen daarvan opzettelijk misbruik maakt, worde niet uit het oog verloren dat elke vergissing die de notaris maakt zijne verklaring tot eene valsche verklaring maakt en de akte daardoor eene valschheid inhoudt; dat, door het maken van dergelijke onderscheidingen en vooronderstellingen van al of niet opzettelijk misbruik maken toe te laten, de bewijskracht der authentieke akte geheel op losse schroeven wordt gesteld. Waar valschheid van de akte wordt beweerd, doet het niet af, of dwaling, slordigheid of opzet daarvan de oorzaak zij, en het beweren van valschheid kan alleenlijk op den door de wet aangewezen weg worden bewezen. En wanneer Mr. Tichelaar in Rechtsg. Magazijn XV bl. 156 toegeeft dat de eed niet kan plaats vinden bij het gerechtelijk onderzoek voor den rechter-commissaris, maar vraagt: waarom het niet zou kunnen geschieden vóór dat onderzoek? dan is het antwoord daarop eenvoudig, omdat het bewijs der valschheid door geene andere middelen kan geleverd worden dan die daartoe door den wetgever bepaaldelijk zijn aangewezen. De eed wordt daardoor als bewijsmiddel uitgesloten.

Over de toepassing van den beslissenden eed in verband met eene als onsplitsbaar beschouwde bekentenis verwijs ik naar mijn behandeling van de onsplitsbaarheid in § 135 inzonderheid bl. 226.

In de geschillen, waarin de beslissende eed als bewijsmiddel

mag worden toegepast, is hij een zelfstandig bewijsmiddel. In dat opzicht verschilt hij ook van den aanvullenden eed, die alleen bij gebreke van voldoend bewijs, of liever bij 't aanwezig zijn van gebrekkig bewijs, kan worden opgelegd. Het zal wel met het oog daarop zijn, dat de wetgever in art. 1967 § 2 bepaalt dat de beslissende eed kan worden opgedragen, zelfs indien er geen ander middel hoegenaamd is om van het feit waarop de vordering of exceptie steunt, ten aanzien van welke de eed gevorderd wordt, bewijs te leveren. Want tot den eed zal in den regel de toevlucht wel niet genomen worden dan wanneer ander bewijs ontbreekt. Het schijnt dan ook wel dat POTHIER op dezen feitelijken toestand doelt, als hij n°. 913 zegt: „Le demandeur peut déférer le serment au défendeur, toutes les fois que le demandeur croit n'avoir pas un preuve suffisante du fait qui sert de fondement à sa demande. Pareillement, le défendeur peut déférer le serment au demandeur, lorsqu'il n'a pas la preuve du fait qui sert de fondement aux défenses qu'il doit proposer contre la demande." Immers, onmiddellijk daarop treedt hij in eene uitvoerige behandeling van de vraag, die de rechtsgeleerden zeer verdeeld had gehouden, of er eenig begin van bewijs moet aanwezig zijn, opdat eedsopdracht kunne worden toegelaten. Hij beslist die vraag met CUJACIUS, DUARENUS, DONELLUS, FACHINÉUS en VINNIUS in ontkennenden zin en daaraan zal wel de bepaling in art. 1360 C. C. voorkomende, te danken zijn: „encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué." Ik kan niet zeggen dat onze wetgever deze bepaling verbeterde door te zeggen: „zelfs dan wanneer geen ander middel hoegenaamd aanwezig is", want daardoor worden strikt genomen alleen de wettelijk erkende bewijsmiddelen uitgesloten, maar het zou niet beletten dat er toch een begin van bewijs aanwezig moest zijn. Overigens is het duidelijk genoeg dat het niet als een vereischte kan gesteld worden, omdat de wetgever dit uitdrukkelijk had moeten bepalen. De partij die, ofschoon zij andere bewijsmiddelen zou kunnen aanvoeren maar er de voorkeur aan geeft om dadelijk den eed te gebruiken, wordt daarin door de wet niet verhinderd. Verg. FEITH t. a. p. bl. 44 vv.

In eene wetgeving als de onze, waarin zoo groot een misbruik van den eed gemaakt wordt, is het niet vreemd dat de eed in dit opzicht met andere bewijsmiddelen op ééne lijn gesteld wordt.

Wanneer de wetgever er eens op bedacht zal worden dat de eed in kracht wint, wanneer de wetgever zelf meer eerbied daarvoor aan den dag legt en dat derhalve in ieder geval de aanwending van den eed beperkt behoort te worden, dan zal hij er ook toe kunnen komen den eed als een subsidiair bewijsmiddel toe te laten en hem uit te sluiten, zoo lang de zaak door andere bewijsmiddelen kan worden uitgemaakt op de wijze als de duitsche wetgever in §§ 418 en 419 C. P. O. daarvan het voorbeeld geeft.

Als bewijsmiddel kan de eed niet dan feiten, geen recht of rechtsbetrekking tot onderwerp hebben. En dat de eed uit dit oogpunt het karakter van bewijsmiddel moet hebben, daartoe moest eene betere waardeering van den eed als verklaring tot bevestiging van de waarheid leiden. Nog altijd geldt te dien aanzien de opmerking van VON SAVIGNY, System VII, bl. 86: „Der Grund dieses wichtigen Satzes liegt darin, dass jedes Urtheil über das Dasein eines Rechtsverhältnisses stets ein Stück Rechtstheorie mit in sich schliesst, die doch unmöglich als passender Gegenstand eines Eides angesehen werden kann. Die Unklarheit, die aus dieser Vermischung von Rechtssätzen und Thatsachen hervorgeht, kan dahin führen, dass in manchen Fallen ein Eid geleistet wird, den bei genauer Zergliederung der Bestandtheile eine gewissenhafte Partei nicht leisten würde. Gerade darin besteht eben ein gefährlicher Misbrauch des Eides". Toch moet men hierbij niet uit het oog verliezen dat wij in het proces met rechtsfeiten te doen hebben en dat die juridieke aard van het feit in dat feit of de handeling, die het uitdrukt, meermalen als onafscheidelijk is opgenomen, zoodat het met zijne rechtskundige qualificatie niet alleen eerst goed verstaan wordt, maar zelfs den tot eedzweren geroepene duidelijker kan zijn dan wanneer het door eene ontleding tot een natuurlijk feit wordt teruggebracht, eene ontleding, die niet eens in ieder voorkomend geval tot het gewilde resultaat zou leiden. Zoo zal het geen bezwaar hebben iemand te doen zweren dat hij heeft gekocht en den prijs niet heeft betaald, al worden met dat koopen en betalen rechtsbegrippen uitgedrukt en daarmede op het tot stand komen en oplossen van eene rechtsbetrekking gewezen. Toch kan dit ook bij de meest bekende rechtsbetrekking vermeden moeten worden als juist het geschil over de qualificatie van de handeling loopt. Zoo kon de Rechtbank te Assen bij een

vonnis van 27 April 1850, R. Bijbl. 1852, bl. 81, terecht overwegen, „dat die eed niet bepaaldelijk uitdrukt de eigenlijke tusschen partijen in geschil zijnde daadzaken en alzoo in dezen geacht kan worden slechts de strekking te hebben om te doen bevestigen, dat de tusschen partijen plaats gehad hebbende handeling, hoe die dan ook geweest zij, naar de wet als leening is te beschouwen, zijnde dit een rechtsgevolg door den rechter uit bepaalde feiten af te leiden en niet vatbaar voor de beslissing door een eed". In gelijken zin Hof's Hertogenbosch 15 December 1896, W. 6908. Kan overigens wel een rechtsfeit het onderwerp van een eed uitmaken, het is in beginsel af te keuren het „rem suam esse", het zoogenaamde feit, dat men eigenaar van de zaak in geschil is, tot den inhoud van den eed te maken, waarin de Romeinen, in verband met hunne beschouwing van den eed als transactie, geen bezwaar zagen. In dat „eigenaar zijn" is dan ook inderdaad geen feit aangegeven, waarin zich eene handeling van den persoon zelven, die de waarheid daarvan bezweert, openbaart. Dit laatste is wel het geval met verkoopen en betalen. Zoo oordeelde dan ook het Hof te Amsterdam, bij arr. 12 October 1892, W. 6599, terecht toelaatbaar een eed dat iemand zich als borg verbonden heeft, terwijl daarentegen ten onrechte door de Rechtbank te Haarlem bij vonnis van 5 December 1893, W. 6430 de eed ('t gold daar een suppletoiren eed) werd opgelegd „dat de roerende goederen reeds voor en op gemelden datum aan mij in eigendom behoorden". De „Unklarheit", waarop von Savigny t. a. p. wijst, komt hier ten duidelijkste uit, als men in aanmerking neemt dat de eigendom in dit geval nog wel op een constitutum possessorium berustte! Voor de beoordeeling van den hier door mij m. i. geheel in overeenstemming met de wet, aan den eed gestelden eisch, kan men niet genoeg vasthouden aan het in art. 1968 zoo duidelijk op den voorgrond gesteld persoonlijk karakter van het feit, dat de wetgever daar aangeeft door te spreken van „eene daadzaak persoonlijk verricht door dengene aan wiens eed de beslissing wordt overgelaten". Dit belet niet dat de eed betreffe een juridisch gequalificeerde handeling, indien het geschil maar niet die qualificatie zelve betreft; ook gequalificeerd blijft die handeling eene daadzaak persoonlijk verricht; aan den eisch der wet is voldaan en dergelijke handelingen kunnen uit haren aard even goed het onderwerp van een eed als van ieder ander bewijsmiddel uitmaken. Ook treft

haar het door VON SAVIGNY aangegeven bezwaar niet. Dit slaat trouwens ook nog meer op rechten en rechtstoestanden dan op rechtsbetrekkingen in den meer bepaalden zin van het woord, tenzij v. SAVIGNY met „das Daseyn eines Rechtsverhältnisses" bepaaldelijk het bestaan van eene rechtsbetrekking, en niet van eene handeling die eene rechtsbetrekking doet ontstaan of tenietgaan, bedoelde. Wat door STRUCKMAN en KOCH op § 410 der C. P. O.. wordt opgemerkt kan ook onzen juristen tot richtsnoer verstrekken: „ausgeschlossen sind also Rechtsbegriffe und Urtheile, wenngleich diese nicht stets scharf von den Thatsachen zu trennen sind und ihre Aufnahme in die Eidesnorm, sofern ihre Bedeutung in den betreffenden Falle unstreitig ist, keinem Bedenken unterliegt". Een eed omtrent eigendom van roerende goederen werd o. a. opgelegd bij vonnis Rechtbank 's Gravenhage 14 Mei 1895 en Gerechtshof aldaar 30 Nov. 1896, W. 6917.

Zal de eed als bewijsmiddel geacht kunnen worden bewijs van de waarheid op te leveren en moet daarom de partij, aan welke de eed wordt opgedragen, de waarheid van hetgeen zij bezweert uit eigen waarneming kennen; is daarom een recht of rechtstoestand, welks bestaan aan onmiddellijke waarneming is onttrokken, geen voorwerp voor een eed; de wetgever doet dit vereischte zoo sterk mogelijk uitkomen door den eed alleen toe te laten omtrent eene daadzaak persoonlijk verricht door dengenen aan wiens eed de beslissing omtrent de waarheid van het feit wordt overgelaten. Het is duidelijk dat de wetgever met deze woorden heeft willen teruggeven wat de fransche wetgever in art. 1359 noemt „un fait personnel à la partie". Zie art. 1974 W. 1830 holl. en fr. tekst. Geen factum alienum, zooals de rechtsgeleerden plachten te zeggen, maar een factum proprium. Toch is de gedachte door onzen wetgever in beperkter bewoordingen uitgedrukt. Want het persoonlijk verrichten wijst op eene handeling terwijl „un fait personnel à la partie" ook eene waarneming van een feit in zich sluit. Voor die beperking bestaat evenwel geen grond en gelukkig geeft de onbeholpen vertaling ons tot rationeele opvatting verlof. Immers een daadzaak wordt niet verricht en daadzaak is meer dan een handeling. Een daadzaak, een feit, kan tot iemand persoonlijk in betrekking staan zoo dat hij de waarheid daarvan uit zich zelven moet weten door zijne waarneming zoo goed als door

zijne handeling, want door de eene zoo goed als door de andere eigent hij zich om zoo te zeggen, het feit toe. POTHIER, aan wiens verhandeling n°. 912 ook weer deze bepaling van den Code en alzoo de onze ontleend is, licht hare beteekenis eenvoudig en duidelijk toe. „On ne peut néanmoins déférer le serment sur ce qui est du propre fait de la partie à qui on le défère. Une partie n'est point obligée de le rendre sur ce qui est du fait d'une autre personne de qui elle est héritière, ou aux droits de laquelle elle est; car je ne puis ignorer mon propre fait: au lieu que je ne suis obligé de savoir ce qui est du fait d'un autre à qui j'ai succédé: PAULUS sent. 11, 1, 4". Dat daarmede de zoogenaamde wetenschapseed wordt uitgesloten, dat alzoo de eed niet kan worden opgedragen dat ik weet dat een ander, zij hij mijn erflater, iets al of niet heeft gedaan, is duidelijk. POTHIER laat dan ook volgen: „Une personne qui me demande le paiement du prix d'une chose qu'elle prétend avoir vendue au défunt dont je suis l'héritier ne peut donc pas me déférer le serment sur le fait de savoir si la chose a été vendue ou non au défunt; car ce n'est pas mon fait c'est le fait du défunt, que je ne suis point obligé de savoir". Toch wordt in strijd hiermede èn door de fransche schrijvers èn door de onzen, en evenzeer in de rechtspraak, vrij algemeen aangenomen dat de wetgever niet heeft willen beletten dat de eed worde opgedragen over hetgeen de partij weet of niet weet, al betreft die wetenschap een door een ander verrichte handeling. DIEPHUIS heeft op bl. 166, 167 op aannemelijke gronden betoogd dat de woorden van onze wet, ofschoon daarmede die der fransche onnauwkeurig zijn vertaald, dezelfde beteekenis hebben als die van den Code, maar dat de Code die ruimere beteekenis heeft, dat zijne woorden den z.g. wetenschapseed zouden toelaten, werd noch door hem noch door de fransche schrijvers m. i. aangetoond.

DIEPHUIS beroept zich vooral op hetgeen de tribun FAVARD over art. 1359 zou gezegd hebben, volgens C. N. et Motifs V, bl. 203. Ik vind diezelfde woorden in het rapport van JAUBERT aan het tribunaat uitgebracht bij LOCRÉ XII, bl. 539 n°. 39. „Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. Des héritiers ne peuvent être tenus d'affirmer qu'il était du ou qu'il n'était pas du à leur auteur; seulement ils seraient tenus d'accepter le serment sur ce qui peut être parvenu à leur connaissance". Het is volkomen juist dat JAUBERT het

het hier voorstelt, alsof die wetenschapseed zoo al niet opgesloten is in, toch als niet uitgesloten door art. 1359 door hem wordt aangemerkt, maar is de wetenschap dat een ander iets heeft gedaan daarmede gemaakt tot een persoonlijk feit eigen aan hem die het weet? POTHIER zegt van neen en toch gaf hij aanleiding tot de opvatting. Want onmiddellijk op de vroeger aangehaalde woorden zegt hij: „Mais l'usage parmi nous est, qu'en ce cas, on puisse me déférer le serment sur le fait de savoir si j'ai connaissance que le défunt dût la somme demandée; car, en ce cas, on ne me défère par le serment sur le fait de la vente, qui est le fait du défunt, mais on me défère le serment sur le fait de la connaissance qu'on prétend que j'ai de la dette, qui est mon propre fait". Het is duidelijk dat POTHIER in dat gebruik, „l'usage parmi nous" een afwijking ziet van de wet en dat men in dat gebruik een middel heeft gevonden om tot een persoonlijk feit te maken wat het eigenlijk niet is. Eerst als ik verplicht ben om van het feit wetenschap te hebben, indien het heeft plaats gehad, kan dit een fait personnel of propre fait heeten en zoo kan, waar een recht of verplichting door de wet van mijn al of niet weten afhankelijk wordt gesteld, de eed over dat weten of niet weten worden opgedragen. Zie bijv. art. 270, 598 § 2 K. Maar niet als dat feit de handeling van een ander is, en mijne kennis daarvan niet is verkregen door waarneming, maar door een onderzoek daarnaar en eene beoordeeling van de uitkomst van dat onderzoek, en dat nog wel door een onderzoek, dat men mij als eene verplichting oplegt, opdat ik de kennis die ik niet heb, zou trachten te verkrijgen. En terwijl in den regel de eed omtrent de wetenschap van eene handeling door een rechtsvoorganger verricht wel in den vorm van niet te weten moet worden gesteld, wordt daardoor de innerlijke bewijskracht van den eed zoo goed als weggenomen, omdat men kan zweeren niet te weten, ook dat wat men bij nauwgezet onderzoek zou kunnen weten. Ook zou ik willen vragen, of wanneer bijv. aan een voogd de eed wordt opgedragen niet te weten dat zekere schuld, die van zijne pupillen als erfgenamen van den schuldenaar gevorderd werd, nog verschuldigd was (zie vonnis der rechtbank Amsterdam 7 Oct. 1844, W. 355) en de voogd dien eed aflegt, met eenige zekerheid tot het niet bestaan van de schuld mag worden besloten en of zulk een eed wel ooit door den voogd zou mogen worden geweigerd, daar hij toch, al vindt hij eenig bewijs voor

't ontstaan der schuld in den boedel, niet kan weten wat er vóór het overlijden van den schuldenaar is voorgevallen, waardoor de schuld is te niet gegaan. Wordt zoo niet de eed in de plaats van een bewijsmiddel te zijn, inderdaad gemaakt tot eene transactie over de waarheid van een feit? en wordt dan de strijd gevoerd over de wetenschap van een eenen anderen betreffend feit bij den gedaagde of wel over het bestaan van dat feit zelf? Ik kan dan ook niet instemmen met VON SAVIGNY, wanneer hij, Syst. VII, bl. 95, schrijft dat deze eed „unbedenklich" zou zijn, „wenn sich der zuschiebende damit begnügen will dass durch das blosse Nichtwissen des Gegners die Sache entschieden werde" u. s. w. Onze wet laat althans de zaak niet aan 't goedvinden van partijen over. Mij komt het voor dat om eenige waarde aan den eed van een derde in zoodanige gevallen te hechten, hij niet anders zou mogen worden opgedragen dan in de formule door § 424 Civ. proz. ordn. voorgeschreven: „dass der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt oder nicht erlangt habe, dass die Thatsache wahr sei. Dit was het eenige middel als correctief tegen de in § 420 toegelaten eedsopdracht „über Thatsachen welche in Handlungen des Gegners, seins Rechtsvorgangers oder Vertreters bestehen oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind". Maar, gelijk de duitsche wetgever terecht begreep dat het factum proprium niet anders zou bestaan dan in feiten welke handelingen van de tegenpartij zelve zijn of van hare eigen waarneming het voorwerp waren, en dat facta aliena alleen met beperking tot bepaalde personen en met een bijzonder voorschrift omtrent de toepassing kunnen worden toegelaten, zoo bestaat er voor den uitlegger der fransche wet geen grond om in het „fait personnel à la partie", den wetenschapseed omtrent facta aliena in te smokkelen. Den uitlegger van onze wet staat het alleen vrij, om de onbeholpen redactie van art. 1968, onder „daadzaken persoonlijk verricht" handelingen en waarnemingen beide te verstaan, maar hij is, zoo 't kan nog eer dan de fransche, aan die eigenlijke en juiste beteekenis van het fait personnel à la partie, factum proprium, gebonden, omdat in de, zij het onbeholpen, redactie de onmiddellijke betrekking tot den persoon zelven in dat „persoonlijk verricht" duidelijk op den voorgrond gesteld wordt. En nu hadden de makers van den Code, als zij het fait personnel tot de wetenschap van eens anders han-

deling hadden willen uitbreiden, dit moeten doen door datgene, wat POTHIER hun leerde, dat in strijd met de wet door het gebruik was ingevoerd, in de wet op te nemen. Zij hebben dit evenwel niet gedaan, en alleen getoond dat zij 't niet noodig achtten omdat zij POTHIER slordig hebben gelezen. Mag de uitlegger nu zóóver gaan van dergelijke omissie aan te vullen uit eene toelichting, die misschien niet eens met nauwkeurige vergelijking van hetgeen in het wetsontwerp geschreven was, uit POTHIER werd nageschreven? Die beteekenis welke m. i. aan het „fait personnel à la partie" moet gegeven worden, wordt ook in 't minst niet weersproken door de bepaling van art. 2010 § 2, al betreft die bepaling, zooals DIEPHUIS meent, den beslissenden eed. Uit de in dat bijzonder geval toegelaten toepassing van den eed buiten de grenzen van het „fait personnel à la partie" te besluiten dat het fait personnel in art. 1968 zonder uitdrukkelijke bijvoeging eene uitgebreider beteekenis zou hebben dan die haar van nature toekomt, is m. i. met de eerste regelen eener logische uitlegging in strijd.

Zeker zal naar mijne opvatting de eed in veel minder gevallen bruikbaar zijn. Doch al geef ik bij de verklaring der wet de voorkeur aan eene uitlegging die tot eene behoorlijke uitkomst leidt boven een zoodanige die met geestdoodende letterknechterij tot ongerijmdheden voert, — om de meerdere bruikbaarheid van een bewijsmiddel de bepaling der wet buiten hare natuurlijke en redelijke grenzen uit te breiden, acht ik ongeoorloofd. En daarmede vermijd ik hier meteen de allergevaarlijkste redeneering aan redenen van billijkheid ontleend, waardoor in sommige gevallen de toelating van den eed billijk in weer andere even onbillijk geacht wordt. Verg. LAND, III, 2e stuk, bl. 458 nt. 3. Ik ontken niet, dat ik bevrediging vind in de uitkomst van het onderzoek, dat ik omtrent het besproken punt instelde, omdat het mij de onhoudbaarheid van eene ingedrongene traditie deed kennen en dat de m. i. juistere opvatting der wet het hare kan doen om een grens te stellen aan de al te zeer ingewoekerde meening dat de eed een bij uitstek „praktisch" middel is om moeilijk te ontwarren knoopen door te hakken. De noodzakelijkheid aanvaardende van het beginsel uitgedrukt in den regel: „actore non probante reus absolvitur", gun ik den actor de meest mogelijke ruimte in 't leveren van bewijs, maar eene ruimte van toepassing te geven aan bewijsmiddelen, die wel schijn van waarheid maar geen deugdelijke vermoedens

voor de waarheid opleveren en daartoe nog wel te laten opereeren met eene godsdienstige handeling als een „valeat quantum possit", dat is m. i. geen toepassing van de „constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi". Is de traditie al te sterk ingeroest, dan zij den toekomstigen wetgever de behartiging van dit onderwerp aanbevolen. Verg. over de jurisprudentie DIEPHUIS t. a. p. bl. 167 n[t] 3 en FEITH bl. 145 vv. Bij vonnis van 8 December 1896, W. 6912 overwoog ook de Rechtbank te Haarlem dat de bepaling der wet, dat een eed alleen kan worden opgedragen omtrent eene persoonlijk verrichte daadzaak, nochthans in dien zin moet worden opgevat, dat de eed ook loopen kan over de wetenschap van plaats gehad hebbende feiten, doch zij nam daarbij in aanmerking, dat de feiten van dien aard waren dat de gedaagde daarvan de wetenschap had getoond te bezitten. Had zij nu die wetenschap door eigen waarneming dan is er ook voor mij geen bezwaar.

Dat de handeling verricht of het feit waargenomen moet zijn door dengene aan wiens eed de beslissing wordt overgelaten is wel niet volkomen juist, dewijl uit het verband met art, 1966 n°. 1 hier aan de beslissing van de zaak zou kunnen gedacht worden en deze toch niet aan de partij wordt opgedragen maar aan den rechter verblijft. Maar als men eerst het verband van hetgeen in art. 1968 zelf staat in aanmerking neemt, dan beteekent de uitdrukking niets anders dan de beslissing omtrent de waarheid van het betwiste feit en deze wordt inderdaad aan de partij aan wie de eed wordt opgedragen, overgelaten. Heeft men zich bezwaard gevoeld met de woorden van den Code: „on le défère" omdat het bij terugwijzen even zoo is, dan maakte men zich onnoodig bezorgd daar „opdracht" algemeen genoeg is om ook „terugwijzen" te begrijpen en over de terugwijzing in art. 1970 eene bijzondere bepaling gemaakt wordt.

Dat persoonlijk feit moet in zoodanig verband staan tot de zaak, waarin de eed wordt opgedragen, dat hare beslissing daarvan afhankelijk is. Van de waarheid of onwaarheid van het feit moet de beslissing van de zaak afhankelijk wezen. Ook hierin komt het karakter van den eed als bewijsmiddel uit. Neemt men aan dat de afgelegde eed de waarheid van het bezworen feit be-

wijst, wordt het opdragen en afleggen van den eed toegelaten om het bezworen feit als bewezen te kunnen aannemen, dan moet ook van dat feit evenals bij de toelating van andere bewijsmiddelen, de beslissing van de zaak afhangen en kan niet in aanmerking komen een feit welks waarheid of onwaarheid voor de beslissing der zaak niet afdoet. (Ned. Jaarb. t. a. p. bl. 648). Niet aan een eed, als eed, en welken eed dan ook, dien de partij zou willen zweren, wordt kracht toegekend, als ware daarmede een Godsoordeel gegeven, zelfs niet aan een eed waarbij gezworen werd dat de partij gelijk in de zaak heeft, maar uitsluitend en alleen aan een eed die de waarheid bewijzen kan van een bepaald feit, en wel van zoodanig feit, over welks waarheid of onwaarheid geschil is. Ook van den eed geldt het: „frustra probatur quod probatum non relevat". Een feit is te bewijzen, betreft de eed niet dat feit, hij kan als bewijsmiddel voor dat feit niet dienen. — Evenmin zal de eed toelaatbaar zijn, als de rechter oordeelt dat het feit reeds van elders bewezen is. Wat § 411 C. P. O. daaromtrent uitdrukkelijk bepaalt, moet ook bij ons gelden. De rechter laat geen bewijsmiddel toe, wanneer naar zijn oordeel de zaak reeds uitgemaakt is. Waar hij de waarheid meent gevonden te hebben, behoeft die voor hem niet bewezen te worden.

Heeft de beslissing DER ZAAK waarvan de wet in 1966 n°. 1 spreekt eene ruimere of eene beperktere beteekenis? Moet, m. a. w., de waarheid of onwaarheid van het te bezweren feit de zaak beslissen in dien zin dat er geen geschil tusschen partijen meer overblijft, de geheele zaak alzoo er mede uitgemaakt is, of kan ook een of ander feit welks waarheid wel moet vaststaan, maar van welks waarheid of onwaarheid nog niet de beslissing van het geschil in zijn geheelen omvang afhankelijk is, onderwerp van den eed uitmaken?

Het is niet te ontkennen dat de woorden: „de beslissing DER zaak" in de eerste plaats de gedachte opwekken aan het tusschen partijen gevoerd wordende proces, als wilde de wetgever zeggen dat de eed tot afdoening van dat proces dienen moet. Nu is het wel waar, dat wij aan die uitdrukking op zich zelve niet te sterk moeten hechten, omdat de wetgever toch ook ten aanzien van het getuigenverhoor, in art. 203 oud, wilde dat de feiten ter zake dienende moeten zijn, dat derhalve de be-

slissing van de zaak er van moet afhangen (verg. art. 103) en niemand toch zal beweren dat het getuigenbewijs niet zou mogen worden toegelaten omtrent feiten welker waarheid of onwaarheid wel moet vaststaan, maar welker waarheid of onwaarheid nog niet het geheele proces beslist. Met zaak en ter zake kan dus zeer goed bedoeld zijn een feit tusschen partijen in geschil dat op de beslissing van invloed is, maar daarom toch het geheele proces niet uitmaakt. Doch wat de andere meer beperkte beteekenis van zaak in dezen komt versterken is de bepaling van art. 1969, volgens welke hij die weigert den eed af te leggen in zijne vordering of exceptie in het ongelijk moet worden gesteld. Daaruit volgt dat de eed niet strekken mag om een enkel feit te beslissen maar dat het geschil met de aflegging of weigering van den eed uit moet zijn. Had anders de wetgever niet moeten zeggen dat, bij weigering om met den eed de waarheid van een feit te bekrachtigen, de onwaarheid van dat feit moet worden aangenomen? Zeker, maar waarom heeft de wetgever dit niet gezegd? Omdat hij, nog altijd onder den invloed van de leer dat de eed is eene transactie, geen bezwaar in de in art. 1969, ook in art. 1361 C. C., voorkomende uitdrukkingen zal hebben gezien, terwijl het aan den eed gegeven karakter van bewijsmiddel andere bewoordingen had moeten doen gebruiken. Want er is inderdaad geen reden te bedenken, waarom, als de eed een bewijsmiddel is om de waarheid van een feit uit te maken, hij niet zou mogen worden opgedragen omtrent een feit, door welks bewijs wel een daarover tusschen partijen bestaand geschil beslist zou worden en alzoo de afdoening der geheele zaak bevorderd kan worden, terwijl de geheele zaak voor afdoening nog niet rijp is, omdat hare eindelijke beslissing van dat eene feit niet afhangt. Is nu art. 1969 in zijne laatste woorden een uitvloeisel van de leer der transactie, welke bestemd is om een geschil geheel af te doen, er wordt daarvan slechts in een bepaald geval, n.l. bij weigering van den eed, de toepassing gemaakt, en moet deze verkeerd toegepaste reminiscentie niet wijken voor de algemeene bepalingen, die het geheele leerstuk beheerschen? Wordt dan in art. 1967 de beslissende eed niet toegelaten in alle geschillen van welken aard ook, om deze te beslissen door het bezweren van een persoonlijk feit? Het komt mij daarom voor dat ook de huldiging van het karakter

van transactie, in art. 1969, door het elders op den voorgrond gestelde karakter van bewijsmiddel wordt geneutralizeerd en dat wij recht hebben dat art. 1969 in dien zin op te vatten, dat weigering van den eed het te bezweren feit als onwaar of de waarheid daarvan in tegenovergestelden zin moet doen aannemen. Daartegen bestaat te minder bezwaar omdat het karakter van transactie alleen op den afgelegden eed kan worden toegepast, bij weigering niet dan bij gevolgtrekking in toepassing komt, daar het gevolg van de weigering toch ten slotte op een onwederlegbaar vermoeden van ongelijk berust. De bepaling van art. 1969 zou dus eerst juist zijn, indien de afgelegde eed niet anders dan een geschil in zijn geheel kon beslissen en dat is in dezen juist het quod quaeritur. Anders Mr. A. L. PINCOFFS in Themis 1876, bl. 554 vv.

Ook wanneer men de zaak tot welker beslissing de eed dienen zal, opvat als te beteekenen de geheele zaak, zou daardoor toch de beslissing van een incidenteel geschil door den eed niet worden uitgesloten. Want al kan een incident geen zelfstandige zaak genoemd worden, omdat het zonder hoofdzaak niet denkbaar is, afzonderlijk en op zichzelf berecht wordende, is het vonnis dat het uitmaakt een definitief vonnis en houdt het in dien zin eene zelfstandige beslissing in. Hier komt dan nog bij de zoo algemeene toelating van den eed in alle geschillen van welken aard ook in art. 1967. In de vermelding van de exceptie in art. 1969 kan daarvan nog eene bevestiging gevonden worden. Is men nu met mij van oordeel dat aan zaak eene zeer ruime beteekenis moet worden gegeven dan moet de eed a fortiori in incidenteele geschillen toegelaten zijn. Doch, al meende men dat een enkel geschilpunt niet voor beslissing door den eed vatbaar ware, zou men den eed omtrent een incident toch kunnen toelaten, dewijl dit voor het bewijs als een zelfstandig geschil te beschouwen is. De C. P. O. onderstelt het gebruik van den eed „zur Erledigung eines Zwischenstreits" in § 426.

Terecht besliste de rechtbank te Alkmaar 31 Mei 1894, W. 6512 dat de eed niet tot de beëindiging van het geheele geding behoeft te leiden, maar toelaatbaar is als daardoor in verband met andere bewijsmiddelen de beëindiging kan worden verkregen. Of daarmede evenwel kan goedgemaakt worden een eedsopdracht om het onderzoek naar de echtheid van eene akte af te snijden,

acht ik zeer betwistbaar, omdat voor dat onderzoek bepaalde bewijsmiddelen zijn voorgeschreven. Verg. over het vereischte dat de beslissing der zaak van den eed moet afhangen, FRITH t. a. p. bl. 154 vv.

Dat de eed door de eene partij aan de andere moet worden opgedragen om door deze te worden afgelegd, is het eigenaardig karakter van den zg. beslissenden eed. Een noodzakelijk gevolg daarvan is dat ook alleen de partij welke den eed opdraagt weten kan en weten moet, waaromtrent zij eene verklaring van de tegenpartij kan vorderen en omtrent welke verklaring zij zich op hare waarheidsliefde verlaten kan en wil. Aan haar dus en aan haar uitsluitend het formuleeren van den inhoud van den eed. Aan haar om dien inhoud op daartegen door de tegenpartij ingebrachte bedenkingen te wijzigen, maar de tegenpartij heeft ten slotte den eed aan te nemen of te weigeren zooals hij haar werd opgedragen. De rechter heeft daarin niets te zeggen. Hij beoordeelt alleen of de eed aan de bij de wet gestelde eischen voldoet.

Het is voorts een gevolg van de omstandigheid dat in de opdracht van den eed een beroep op de waarheidsliefde van de tegenpartij gelegen is, dat ook deze op de andere een gelijk beroep mag doen en van haar mag vergen dat zij zelve doe wat zij van de andere verlangde. Zij doet dit door den eed terug te wijzen, d. w. z. van hare zijde den eed op te dragen, welke opdracht dan de partij, die aanvankelijk den eed opdroeg, zal moeten aannemen en den eed afleggen, indien zij zich niet aan de gevolgen der weigering wil bloot stellen. De bevoegdheid tot terugwijzing wordt aan de tegenpartij toegekend in art. 1969 en 1970. De inhoud van den teruggewezen eed moet dan vanzelf gewijzigd worden in verband met het verschil in de bewering van beide partijen. Hij zal wel het tegenovergestelde van den aanvankelijk opgedragen eed moeten inhouden. Droeg de eene partij aan de andere den eed op dat zij de schuld betaalde, op welken grond deze de vordering tot betaling tegensprak, bij terugwijzing wordt de inhoud dat de schuld niet is betaald. De bewering toch van de partij die de vordering instelde berustte op het bestaan der schuld wat ontkentenis van een plaats gehad hebbende betaling in zich sluit. Dit moet de wetgever bedoelen, wanneer hij in art. 1970

de terugwijzing niet toelaat, „indien de daad, omtrent welke de eed wordt opgedragen niet is de daad van beide partijen". De daad van de eene behoeft niet gelijk te zijn aan die van de andere, wat tot onmogelijke uitkomsten zou leiden, maar elk van beide moet op zijne wijze tot de daad hebben meegewerkt. Wanneer men eene overeenkomst eene overeenstemmende wilsverklaring noemt, den beteekent dit toch ook niet dat beide partijen hetzelfde verklaren. Zoo is de betaling eene daad van beide partijen, omdat zij door de eene niet heeft kunnen geschieden zonder medewerking van de andere, ofschoon de eene gaf en de andere ontving, art. 1421 B. W. Men zou het, in verband met andere door de wet gebezigde uitdrukkingen, ook zóó kunnen zeggen: dat tot terugwijzing wordt vereischt dat het persoonlijk feit, hetwelk het onderwerp van den opgedragen eed uitmaakt, in een persoonlijk feit van hem die den eed opdroeg, kan omgezet worden. De C. C. gaf eene nadere bepaling van de woorden: „quand le fait — n'est point celui des deux parties", door de bijvoeging: „mais est purement personnel à celui auquel le serment a été déféré", naar aanleiding van POTHIER n°. 915. Zal nu in den regel een feit, tot welks voltooiing twee partijen hebben mede te werken, tot terugwijzing van den eed grond geven, de terugwijzing zal toch uitgesloten zijn, indien een rechtsvoorganger (erflater) of rechtsvertegenwoordiger (voogd) tot het feit medewerkte en de rechtsopvolger (erfgenaam) of de vertegenwoordigde (meerderjarig geworden minderjarige) of een opvolger van den vertegenwoordiger (voogd) in het geding optreden. Zij die beweren dat het vereischte van „persoonlijk feit" niet belet dat aan een opvolger of vertegenwoordigde de wetenschapseed worde opgedragen, zouden wel onredelijk handelen, indien zij in zoodanig geval de terugwijzing uitsloten, maar, of het verrichten van het feit zelf aan den eenen kant en de wetenschap dat het feit door een ander verricht werd aan den anderen kant, het feit kan maken tot een feit, hetwelk „de daad is van beide partijen", zou ik ten hoogste betwijfelen. Moet men daarom tot uitsluiting van de terugwijzing in zoodanig geval besluiten, dan zou ik daarin eene bevestiging vinden van het gevoelen om ook bij eene eedsopdracht den wetenschapseed niet toe te laten, als niet voldoende aan het vereischte dat alleen een persoonlijk feit het onderwerp daarvan kan uitmaken. POTHIER n°. 912 vat duidelijk genoeg de beteekenis van persoonlijk feit, of zooals

hij het uitdrukt, „propre fait", op in den boven door mij ontwikkelden zin. En wat de beteekenis is van hetgeen hij daarbij voegt omtrent het in Frankrijk in strijd met de wet aangenomen gebruik, zagen wij vroeger.

POTHIER schijnt, in verband met het door hem vermelde gebruik, aan te nemen dat het ook voor het terugwijzen van den eed voldoende is dat er bekendheid met het feit aanwezig is bij hem aan wien de eed wordt teruggewezen. Ook is hij t. z. p. n°. 913 terecht van oordeel dat opdracht van eed niet wordt uitgesloten in gevallen waarin terugwijzing niet kan plaats hebben en dit gevoelen heeft de fransche wetgever in art. 1362 C. C. en de onze in art. 1970 bekrachtigd. Maar wanneer hij, tot staving daarvan, zich er op beroept dat voogden en curators den eed wel kunnen opdragen ofschoon deze hun niet kan worden teruggewezen, „puisque la cause du pupille ou de l'interdit n'est pas le propre fait de ce tuteur ou curateur", dan vergeet hij onderscheid te maken tusschen fait en cause. Zeer zeker kan althans naar ons recht de beslissing van een geding, waarin een minderjarige of onder curateele gestelde betrokken is, afhankelijk zijn van de waarheid of onwaarheid van een feit door den voogd of curator, als den minderjarige of onder curateele gestelde vertegenwoordigende, verricht, en, als de wetenschapseed ware toegelaten, zou hij hem zelfs over zijne bekendheid met eene handeling van zijn voorganger in de voogdij of curateele opgedragen kunnen worden.

Dat overigens in het rechtskarakter der handelingen van opdracht en aanneming en van terugwijzing en aanneming geen onderscheid is, behoeft zeker geen betoog.

Al is de eed een noodmiddel, al zal er niet licht de toevlucht toe genomen worden, waar andere bewijsmiddelen eene partij ten dienste staan, de partij die den eed opdraagt en daarmede een beroep doet op de waarheidsliefde van de tegenpartij, moet althans wel eenig vertrouwen op die waarheidsliefde hebben. Maar of dat vertrouwen bestaat, hoe groot of hoe gering het moge zijn, dat is een geheel persoonlijk gevoelen en of de partij zich door die opdracht aan het verlies van het proces wil blootstellen, zal zij zelve moeten weten. Van de terugwijzing geldt hetzelfde en dat de aanneming, het op zich nemen van de verplichting om den eed af te leggen, ook eene persoonlijke handeling

moet zijn is niet minder duidelijk. De bevoegdheid om een eed op te dragen, terug te wijzen of aan te nemen ligt dientengevolge buiten de grenzen van de instructie van het proces en kan reeds daarom niet geacht worden door de partij te zijn toegekend aan den procureur, aan wien zij, met het voeren van het geding, alleen het verrichten van de tot zijne instructie noodige handelingen opdroeg. Nog minder aan den advocaat. Daarom bepaalt de wet dan ook in art. 1971 dat geen eed kan opgedragen, teruggewezen noch aangenomen worden dan door de partij zelve of door een daartoe bijzonder gevolmachtigden persoon. Volmacht om 't proces te voeren, de tot instructie daarvan noodige handelingen te verrichten, is daartoe niet voldoende; de procureur moet van eene bijzondere volmacht voorzien zijn. In den regel zal wel de procureur tot die opdracht, terugwijzing of aanneming gemachtigd worden en ik zie zelfs niet goed in, hoe dit anders zou geschieden. Immers indien de partij zelve voor den rechter verscheen, zou zij toch de hulp van den procureur behoeven om tot opdracht, terugwijzing of aanneming te concludeeren en zelfs de advocaat die de volmacht ontving, zou de hulp des procureurs noodig hebben. De opdracht, terugwijzing of aanneming kan alzoo moeilijk anders geschieden dan bij eene conclusie, bij welke de procureur de volmacht overlegt of die de partij mede onderteekent. Bij het kantongerecht zal zeker de partij zelve de een of ander der hierbedoelde handelingen kunnen verrichten en verschijnt zij door een gemachtigde aan dezen een bijzondere volmacht kunnen verstrekken, hetzij in de volmacht tot het voeren van het geding tot eedsopdracht machtigende, hetzij die macht bij eene afzonderlijke akte verstrekkende of bij de opdracht door den gemachtigde tegenwoordig zijnde. Dit laatste kan ook bij terugwijzing of aanneming plaats hebben. Anders zal ook voor deze een afzonderlijke volmacht gegeven moeten worden. Het komt mij voor dat de wetgever een duidelijker en met den feitelijken toestand meer overeenstemmende bepaling zou hebben gemaakt, indien hij had voorgeschreven, dat de procureur of de gemachtigde der partij tot opdracht, terugwijzen of aannemen van den eed een bijzondere volmacht noodig heeft, wat hij volgens ASSER, Verg. § 903 hoofdzakelijk bedoelde. FEITH stelt ten onrechte, op bl. 93, de wettelijke vertegenwoordigers met lasthebbers tot het voeren van een geding op dezelfde lijn. Dat deze laatsten tot eedsopdracht eene bijzondere

lastgeving niet zouden behoeven kan zeker moeilijk daarmede worden gestaafd dat de wetgever dan beter zou hebben gedaan deze bepaling, nl. die van art. 1971 B. W., in den titel van lastgeving te plaatsen. Liever dan een argument te putten uit hetgeen de wetgever niet gedaan, maar beter anders zou gedaan hebben, houd ik mij aan de bepaling van art. 1971 B. W., die ook, dunkt mij, voor den lastgever hier eene juiste plaats heeft.

Niet alleen omdat de procureur tot eene beschikking over het recht zelf, als in de eedsopdracht, terugwijzing of aanneming ligt, onbevoegd is, maar ook omdat van den wil van de partij zelve moet blijken, wordt de bijzondere volmacht vereischt. De rechter zou daarom zelfs ambtshalve moeten weigeren aan eene eedsopdracht zonder bijzondere volmacht gevolg te geven. Deed hij het wèl, de oplegging van den eed zou met al hare gevolgen nietig en van onwaarde verklaard kunnen worden, ten gevolge van eene wraking van des procureurs handeling door de zg. ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen. Verg. Dl. III, 2e dr., bl. 208.

De wetgever schrijft de bijzondere volmacht niet voor ten opzichte van de weigering van den eed. Toch kan het gevolg van de weigering zijn dat de partij in het ongelijk gesteld wordt, art. 1969, en, terwijl alzoo deze handeling evenmin eene zuivere handeling van instructie is maar veeleer eene beschikking over het recht in geschil in zich sluit, en de vraag of de eed moet geweigerd worden evenals die omtrent de aanneming alleen door de partij zelve kan worden beoordeeld, zou hier dezelfde bepaling moeten gelden. Bij ontstentenis van bepaling zal echter de verplichting om een volmacht over te leggen wel niet kunnen gevorderd worden. Wat zou ook het gevolg zijn? De weigering zou niet geldig wezen om 't ontbreken van volmacht en de aanneming zou evenmin hebben plaats gehad. Geschiedde nu evenwel de weigering zonder dat er een volmacht is, de procureur zou aan wraking zijner handeling zich kunnen blootgesteld zien. Zijn belang brengt dus mede zich door zijn principaal eene volmacht te doen geven.

P a r t i j e n m o e t e n tot opdracht, aanneming of terugwijzing van den eed b e k w a a m zijn. Ik wijs hierop in verband met het karakter van overeenkomst door welke het bewijsmiddel gevormd wordt, maar om er te gelijk aan te herinneren dat wij hier met gedingvoerende partijen te doen hebben en derhalve van de onder-

stelling mogen uitgaan dat de tot het aangaan van overeenkomsten onbekwame personen door hunne wettelijke vertegenwoordigers optreden. De vraag is dus alleen, of deze tot de hier bedoelde handelingen de machtiging behoeven, welke zij tot eene dading noodig hebben. Indien wij de oorsprong van art. 1967 uit de door TOULLIER verkondigde leer afleiden, dan bestaat er veel grond voor de bevestigende beantwoording dier vraag en die meening kan zelfs in de bewoordingen der bepaling hare bevestiging vinden. Want waartoe, zal men zeggen, te spreken van geschillen waarover partijen geen dadingen mogen treffen, indien de wetgever niet ook de betrekkelijke onbevoegdheid der partijen had bedoeld? Dan hadde het toch zeker de voorkeur verdiend om eenvoudig te spreken van geschillen waarover geen dading mag worden aangegaan! Intusschen laat de redactie zich weer verklaren door de bijvoeging der woorden: „of waarin hare bekentenis niet mag worden aangenomen". Mij blijft het daarom nog altijd voorkomen dat het meest algemeen aangenomen gevoelen, volgens hetwelk in art. 1967, § 1 alleen van de volstrekte onbevoegdheid om dadingen aan te gaan de rede is, de voorkeur verdient. Zie N. Bijdr. t. a. p. 463 en 465 v. Voogden en curators behoeven alzoo tot opdracht, aanneming of terugwijzing van den eed geene rechterlijke machtiging. Ook acht ik de noodzakelijkheid daarvan iure constituendo niet gerechtvaardigd. Zoo dacht er ook over de Commissie tot herziening van het Burg. Wetboek van 1880 in het door haar voorgestelde Ontwerp van een eerste Boek. Zij nam de eedsopdracht enz. niet op onder de gevallen waarin rechterlijke machtiging vereischt wordt en schreef in de Memorie van toelichting op art. 437, bl. 236: „Naar aanleiding van de bekende strijdvraag, of de opgedragen eed als eene dading te beschouwen is, is de vraag overwogen, of het rechterlijk verlof ook niet voor die opdracht moet worden gevorderd. Een daartoe strekkend voorschrift is niet voorgedragen, omdat bij verzuim van den voogd om het verlof te vragen, de minderjarige, zoo hij later tegen de opdracht opkwam, met het gevolg dat de daarop steunende rechterlijke uitspraak verviel, te veel verwarring zou kunnen stichten en soms derden een onverdiend nadeel toebrengen. De bepalingen van het ontwerp brengen dus mede, dat, zoo de voogd lichtvaardig van den bedoelden eed gebruik maakt, hij tegenover den minderjarige aansprakelijk zal zijn, maar de zaak geen ander gevolg heeft". Met

dit laatste vereenig ik mij volkomen. Ik veroorloof mij alleen de opmerking dat, wanneer de wet de noodzakelijkheid van de machtiging voorschreef, de tegenpartij het zich zelve zou te wijten hebben, indien zij zich met een eedsopdracht door een voogd zonder verlof gedaan inliet. Voor de verwarring in de rechtsbetrekkingen, welke de minderjarige zou kunnen stichten door tegen de handeling op te komen, zou ik dan ook meer gevoelen dan voor het nadeel, dat niet onverdiend zou kunnen heeten. Maar wat alles afdoet is, dunkt mij, dit dat de minderjarige eene zoo ver strekkende bescherming niet behoeft. Verg. FRITH, t. a. p. bl. 75—93, die bij uitvoeriger bespreking dezer vraag, van het bij ons bestaand verschil van gevoelen tusschen de schrijvers en in de jurisprudentie tevens een overzicht geeft.

Evenmin als de voogden en curators eene machtiging des rechters behoeven om een eed op te dragen, dewijl in art. 1967 § 1 alleen van de volstrekte onbevoegdheid om dadingen te treffen de rede is, evenmin bestaat voor een gedingvoerende gemeente de noodzakelijkheid om tot het opdragen van een eed de goedkeuring van Gedeputeerde Staten te erlangen, op grond van art. 194 g. der Gemeentewet. Daar zou zelfs groot bezwaar bestaan om die goedkeuring te vragen, omdat, als eens het gemeentebestuur tot het voeren van een rechtsgeding is gemachtigd, de burgemeester het geding voert en deze, voor het opdragen van een eed naar eigen inzicht handelt, zonder daartoe een besluit van den Raad noodig te hebben. De vraag, of de burgemeester daarover met de wethouders in overleg zou moeten treden, zooals hij volgens Prof. OPPENHEIM, Gemeenterecht, bl. 630, in overleg met dezen de keuze van den procureur en den advocaat zou moeten doen, kunnen wij daarlaten. Beide gevallen staan zeker niet gelijk, daar wij hier niet met de voorbereiding van — maar met eene handeling in het geding te doen hebben. Maar hoe dit zij, in geen geval raakt dit de partij in het geding, die alleen met den burgemeester, krachtens besluit van den Raad het geding voerende, te maken heeft.

De positie van den Commissaris der Koningin in de gedingen door de Provincie gevoerd is formeel wel eene andere dan die van den burgemeester, omdat niet hij maar Gedeputeerde Staten de provincie in rechte vertegenwoordigen (art. 155 provinc.wet); maar,

wanneer dan de wet hem in alle rechtsgedingen namens Gedeputeerde Staten als eischer of verweerder doet optreden, zoodat van eene lastgeving of machtiging van Gedeputeerde Staten daartoe zelfs geen sprake is, dan wordt daardoor de Commissaris, evenals de burgemeester, met het voeren van het geding belast. Hij wordt daardoor middellijk, wat de burgemeester onmiddellijk is met opzicht tot de gemeente, het orgaan door hetwelk de provincie handelt, zoodat deze in en door hem procedeert. De wet brengt in art. 33 het karakter van orgaan der provincie, wat zij in art. 155 aan Gedeputeerde Staten toekent, op den Commissaris over. Van een lastgeving tot het voeren van het proces is in geen dezer gevallen sprake. Geen lastgeving. Want hij die door een lasthebber procedeert, blijft gedingvoerende partij, terwijl hij, die als wettelijke vertegenwoordiger of als het orgaan van een rechtspersoon optreedt, met uitsluiting van ieder ander partij is. Men zou alzoo zeggen dat in een geding door een burgemeester in deze zijne hoedanigheid voor de gemeente optredende tegen hem zelven in privé, onmogelijk een eed zou kunnen worden opgedragen, indien hij dit zelf niet wilde. Toch deed dit geval zich voor bij de Rechtbank te Rotterdam die, bij vonnis van 13 Juni 1892, W. 6229, besliste dat de eedsopdracht wel was ontvankelijk omdat, al wordt zoowel de eischende als de verwerende partij voorgesteld door een en denzelfden persoon, niet uit het oog moet worden verloren, dat een persoon verschillende qualiteiten in zich kan vereenigen. Wat mij in dit geding echter onverklaarbaar voorkomt is, hoe het mogelijk is geweest dat de burgemeester in die hoedanigheid optredende aan zich zelven een eed heeft willen opdragen en hij die opdracht in zijn privé niet ontvankelijk achtte. Is dan die opdracht tegen zijn wil of buiten hem om geschied? doch de procureur mocht het toch niet buiten zijn voorkennis doen, hij moet zelfs eene lastgeving van den gedingvoerenden burgemeester gehad hebben. Ten anderen komt het mij vreemd voor dat, als hier de op zich zelf volkomen juiste onderstelling wordt gemaakt, dat iemand èn in hoedanigheid èn voor zich zelven kan handelen en alzoo een persoon verschillende hoedanigheden (en daarmede verschillende personen) in zich kan vereenigen, het niettemin kon gebeuren, dat dit niet werd in het oog gehouden bij den inhoud van den eed, die, aan den burgemeester in privé opgedragen, betreft eene daadzaak door hem in hoedanigheid van burgemeester

verricht en alzoo niet voldoet aan den eisch van persoonlijk feit in art. 1968 gesteld.

Bij zulk een eedsopdracht van den burgemeester in zijne hoedanigheid aan hemzelven als bijzonder persoon in het algemeen zou ik wel het: „non omne quod licet honestum est", in herinnering willen brengen en de toepassing daarvan in dit geding doet zien, hoe het gezegde van FREDERIK DE GROOTE „Puisque l'injustice a créé un art d'embrouiller les affaires, il faut que la justice ait un art de les débrouiller" ook met een gecodificeerd recht tot de vrome wenschen kan blijven behooren. Had de wetgever aan andere gevallen dan dat van art. 226 der gemeentewet gedacht, waarin de gemeente tegenover den burgemeester in proces kon geraken, hij zou zeker eene algemeene bepaling in dien geest hebben gemaakt. (Verg. ook art. 143, art. 91 j° 46 en art. 66). Nu moet men dat optreden van den burgemeester in zijne hoedanigheid tegen zich zelven als bijzonder persoon naar de wet wel toegelaten achten.

Over de opdracht van een eed aan rechtspersonen, die natuurlijk niet anders kan geschieden dan aan het voor die personen optredend orgaan, hetwelk pleegt gezegd te worden hen te vertegenwoordigen doch door en in hetwelk zij zelven optreden, handel ik niet. De twijfel nog bij vonnis 's Bosch 14 September 1894, W. 6640 tegen de juridieke mogelijkheid daarvan geopperd, wordt allerminst door de bijzondere bepalingen omtrent het verhoor op feiten in art. 242 B. R. gerechtvaardigd. Afdoende acht ik de opmerking van FEITH t. a. p. bl. 109, 110. En wat meer bijzonder de vennootschap onder firma betreft, aan welke ik naar onze wet rechtspersoonlijkheid meen te moeten toekennen, geeft hij m. i. eene juiste oplossing der zwarigheid.

Opdracht of terugwijzing van den eed wordt onherroepelijk door de bereidverklaring van de wederpartij om den eed af te leggen, art. 1972. Ook de terugwijzing maakt de opdracht onherroepelijk. Voltooiing van het bewijsmiddel.

Op de terugwijzing kan door aanneming of weigering teruggekomen worden, zoolang op de opdracht welke in de terugwijzing ligt geen aanneming volgde. art. 1972 B. W.

Geen bewijs van valschheid van den afgelegden eed wordt aan de wederpartij toegestaan. Voor háár staat de waarheid van het bezworen feit onherroepelijk vast. art. 1973 B. W.

Weigering om den eed af te leggen, waar aannemen of terugwijzen plicht was, doet een onwederlegbaar vermoeden voor de waarheid van de bewering der tegenpartij ontstaan. art. 1969 B. W. Des te eer is dit het geval, wanneer de tegenpartij, na aanneming van den eed, weigert dien af te leggen.

De bepaling van art. 1972, volgens welke de opdracht of de terugwijzing van den eed onherroepelijk wordt door de bereidverklaring van de wederpartij om den eed af te leggen, zoodat de partij die den eed opdroeg of terugwees daarop niet kan terugkomen, laat de hier zeer natuurlijke gevolgtrekking toe dat, zoolang de aanneming niet heeft plaats gehad, het wèl vrijstaat. Aanneming van het aanbod om zich aan de verklaring van de wederpartij te houden, maakt derhalve dit aanbod verbindend. Maar hoe wordt de noodzakelijkheid van die aanneming en de daaruit voortvloeiende onherroepelijkheid van het aanbod anders verklaard dan uit de toepassing van den algemeenen regel omtrent het tot standkomen van overeenkomsten in art. 1374 gehuldigd? En wordt dan daardoor ook niet het karakter van overeenkomst door den wetgever erkend in de handeling, welke den grondslag van het bewijsmiddel door den beslissenden eed uitmaakt? Zoo knoopt ook POTHIER aan het door hem aan de handeling toegekende karakter van overeenkomst onmiddellijk de gevolgtrekking vast in art. 1364 C. C., ons art. 1972, geformuleerd, als hij zegt: „Comme la convention ne se forme et ne produit l'obligation que par le concours des volontés des deux parties, il suit delà que celui qui a déféré le serment à sa partie, peut signifier une révocation de cette délation du serment, tant que la partie à qui il l'a déféré n'a pas encore accepté la condition en rendant son affirmation, ou du moins en déclarant qu'elle était prête à la rendre" en dan daarop laat volgen: „Lorsque la partie à qui j'ai déféré le serment a accepté la condition et déclaré qu'elle était prête à la rendre, je ne puis plus révoquer la délation du serment". Ik vraag dan ook met vertrouwen, welk element van eene wettiglijk gesloten overeenkomst in deze handelingen wel moge ontbreken? Verg. BIGOT-PRÉAMÉNEU bij LOCRÉ XII, p. 414 n°. 227.

Dat de terugwijzing evenals de aanneming van den eed de gedane opdracht onherroepelijk maakt is 't natuurlijk gevolg daarvan dat aan de tegenpartij de keus tusschen aanneming en terugwijzing

wordt gelaten. Dientengevolge ligt in de opdracht het alternatief van aannemen of terugwijzen en wordt het aanbod van hem die opdraagt, door het terugwijzen even goed als door de aanneming van te zweren aangenomen. Men kan dus redeneeren: in de opdracht van den eed ligt tevens de bereidverklaring om zelf te zweren en is dit laatste aanbod zeker door de terugwijzing aangenomen. Evenmin als deze bereidverklaring kan de opdracht waarmee zij verband houdt teruggenomen worden.

Ook laat zich uit het karakter van overeenkomst wel verklaren de bepaling van art. 1973, volgens welke de wederpartij niet ontvankelijk is de valschheid van den eed te beweren. Immers zij verbond zich om de waarheid aan te nemen van hetgeen de tegenpartij als waarheid zou verklaren. Toch oefent hierbij het karakter van dading aan den eed vroeger toegekend onmiskenbaar zijn invloed uit. Cf. l. 21 D. de dolo IV, 3. Want het karakter van overeenkomst zou niet behoeven te beletten de vordering van hare vernietiging toe te laten, indien eene der partijen niet aan de verbintenis daaruit voortspruitende voldeed. Het ware een toegeven aan formalisme om daartegenover toe te laten de bewering: ik heb mij alleen verbonden om die verklaring onder eede af te leggen, en dàt heb ik gedaan; ik verbond mij evenwel niet om de waarheid te spreken. Immers ook de strafwet leert door de in art. 207 gedreigde straf, dat het afleggen van eene verklaring onder eede het spreken van de waarheid medebrengt. Toch zou hieruit nog niet volgen, dat het oirbaar ware aan de partij, die zich verbond om het woord der wederpartij als waarheid aan te nemen, de bevoegdheid toe te kennen om de waarheid der verklaring te bestrijden. Aan het gedingvoeren kwam dan geen einde en het betwisten van de waarheid is nog niet het bewijs der onwaarheid. Iets anders ware het aan de wederpartij de bestrijding van het op de waarheid van het bezworen feit gewezen vonnis te veroorloven, op grond van een vonnis van den strafrechter waarbij de partij die den eed aflegde wegens meineed, krachtens art. 207 Swb., werd veroordeeld. Den dus veroordeelde in het genot te laten van het voordeel dat het vonnis van den burgerlijken rechter hem verschafte en dat nu blijkt in eene onrechtmatige toeëigening zijnerzijds te bestaan, is een onrecht voor de tegenpartij en eene beleediging van het rechtsgevoel, welke de wetgever niet mag in bescherming nemen, maar veeleer veroordeelen moet. Mocht alzoo

het karakter van transactie beter dan dat van overeenkomst art. 1973 rechtvaardigen, met dat van overeenkomst daarentegen beter zijn overeen te brengen de toelating niet van een eenvoudig beweren maar van een beroep op de valschheid van den eed, wanneer deze uit een strafvonnis bleek, toch is het duidelijk dat, al laat men de gedachte aan transactie varen, ook het karakter van overeenkomst het behoud van de in art. 1973 voorkomende bepaling verklaart, zonder die te rechtvaardigen. Op grond van het vonnis van den strafrechter behoorde het middel van rekest civiel toegelaten te zijn. De partieele herziening van 1896 neemt in art. 332 1° den aanvullenden eed op maar sluit de valschheid van den beslissenden eed uitdrukkelijk uit. Beter FEITH t. a. p. bl. 324. Een voorbeeld van veroordeeling wegens meineed van een gedaagde die in een burgerlijk geding een beslissenden eed aflegde in arr. Hof 's Hertogenbosch 20 Juni 1895 W. 6691.

Dat in de terugwijzing een opdracht ligt van de zijde der partij, die den eed terugwijst, behoeft geen betoog. De partij die den eed terugwijst zal dien, al is het naar aanleiding van den opgedragen eed, opnieuw moeten formuleeren. Zie bl. 306 en 327. Aannemen of weigeren wordt dan de vraag voor de partij aan welke de eed wordt teruggewezen en dat alzoo de terugwijzing door de aanneming, maar ook eerst door deze, onherroepelijk wordt leert art. 1972. Dat op de aanneming door weigering kan teruggekomen worden is niet twijfelachtig. Wie toch zal tot uitvoering der aanneming dus tot de daadwerkelijke aflegging van den eed kunnen dwingen? Weigering van den eed kan niet alleen plaats hebben door weigering van de aanneming, waarbij men verklaart dien niet te zullen afleggen, maar ook door weigering van de aflegging op het oogenblik dat daartoe zou moeten worden overgegaan. De aanneming daarentegen door eene terugwijzing te vervangen ware met het karakter van overeenkomst in strijd. Maar ook indien men van geene overeenkomst wil weten, zou dit worden uitgesloten, door de omstandigheid dat de keuze tusschen aannemen of terugwijzen gedaan moet worden in antwoord op de opdracht en dat de keus eens gedaan zijnde, zij niet opnieuw wordt noch kan worden gegeven. Zie echter DIEPHUIS III, bl. 183. Verg. LAND bl. 461 nt 3.

Wanneer de partij, aan wie de eed werd opgedragen, weigert den eed af te leggen, dan komt er natuurlijk geen overeenkomst

tot stand en de eed kan ook niet tot bewijsmiddel strekken, maar dan wordt daarin een onwederlegbaar vermoeden voor de bewering van de tegenpartij gezien. Dat dit terecht alzoo wordt aangenomen, wees ik hierboven op bl. 304 aan. Ik meen daarbij ook nu nog te mogen verwijzen naar 't geen ik schreef in de N. Bijdr. t. a. p. 451 v. Op de weigering, nadat de partij zich tot aanneming had verbonden, kom ik bij de bewijsvoering door den eed terug. Dat eene partij die den eed weigerde op die weigering zou kunnen terugkomen verbiedt art. 1969. Verg. LAND bl. 461 n[t] 3. Anders DIEPHUIS.

Wat de bekwaamheid van een wettelijken vertegenwoordiger eener partij aangaat om den eed te weigeren, deze kan niet door het karakter van het bewijsmiddel, als berustende op dading of overeenkomst, bepaald worden om de eenvoudige reden dat er bij weigering, van overeenkomst noch dading sprake is. Maar toch komt het mij, bij nader inzien, voor dat ik in N. Bijdragen t. a. p. bl. 667 ten onrechte schreef dat het weigeren van den eed niets anders is dan toegeven aan of berusten in de ingestelde vordering. Dan zou zeker art. 462 B. W. op den voogd en den curator van toepassing zijn. Dit is evenwel het geval niet. Het gevolg van de weigering van den eed moge met berusting in de vordering gelijk staan, daarom is die weigering geen berusting. Hij die weigert den hem opgedragen eed te zweren wordt in het ongelijk gesteld omdat in die weigering een wettelijk vermoeden ligt dat het feit hetwelk ontkend werd als waar moet worden aangenomen, bewezen is. Ware de weigering eene berusting in de vordering, de opdracht van den eed zou ook wel met een afstand van de vordering kunnen worden gelijk gesteld omdat het gevolg van de opdracht is dat de eischer zijne vordering opgeeft als de eed gezworen wordt en hij alzoo de beslissing van de zaak aan de tegenpartij in handen geeft. Voorts dient in het oog gehouden, dat, als de voogd of curator den eed weigert, geen rechter door zijne weigering om machtiging tot weigeren van den eed te verleenen den voogd of curator tot eedsaflegging zou kunnen dwingen. Zeker kan eene weigering van den voogd het gevolg zijn van eene ongeoorloofde collusie en, indien er reden ware om den eed terug te wijzen terwijl dit niet geschiedde, zou daarin een grond kunnen liggen om er een vermoeden van collusie uit af te leiden, maar op zich zelf ligt in de weigering geen vermoe-

den daarvan; tegenover den voogd zou die collusie, als in het algemeen de verwaarloozing van de belangen des minderjarigen, bewezen moeten worden. De vraag of hij den hem opgedragen eed moet aannemen of weigeren is met de opdracht der gedingvoering aan zijn geweten overgelaten. Zie ook FEITH bl. 99.

En zoo is ook de beslissing omtrent aanneming, weigering of terugwijzing van een opgedragen eed met de opdracht der gedingvoering in een door de gemeente of provincie gevoerd geding aan den burgemeester of den Commissaris der Koningin over te laten, behoudens zijne verantwoordelijkheid met opzicht tot de behoorlijke waarneming van de hem toevertrouwde belangen.

§ 145. DE BEWIJSKRACHT VAN DEN BESLISSENDEN EED EN HAAR OMVANG.

Bewijskracht. Staat na het afleggen van den eed de waarheid van het bezworen feit voor de tegenpartij vast, en staat de weigering om den eed af te leggen in haar gevolg met eene erkenning van het door de tegenpartij beweerde feit gelijk: de rechter kan niet anders dan in het eerste geval de waarheid van het bezworen feit, in het andere, die van het beweerde feit aannemen. De grond, waarop hij dit doet, is niet zijne persoonlijke overtuiging van die waarheid, maar de bepaling van de wet, welke hem tot het aannemen daarvan verplicht, in zoover als zij zijn oordeel daarover uitsluit.

Hierin komt weder duidelijk uit, hoe de burgerlijke rechter in meer dan een geval verplicht is zich met formeele waarheid tevreden te stellen. Zoo bij het bewijs door geschriften, zoo bij de bekentenis, zoo bij den beslissenden eed. De reden ligt in de aan partijen toekomende vrije beschikking over hunne rechten, zoodat wat zij in bepaalde omstandigheden, met opzicht tot die rechten als waar willen aannemen, voor den rechter waarheid is.

Overigens kan ik ten aanzien van de bewijskracht en haren grond verwijzen naar de ontwikkeling van het begrip van den beslissenden eed in § 143. Hier is nog alleen de omvang van die bewijskracht nader te bespreken.

Haar omvang. De afgelegde eed levert alleen bewijs op ten voordeele van den-

gene die hem heeft afgelegd en ten nadeele van dengene die hem opgedragen of teruggewezen heeft en van hunne erfgenamen of rechtverkrijgenden art. 1974 B. W.

Een schuldenaar, die den hem door een zijner hoofdelijke schuldeischers opgedragen eed heeft afgelegd, wordt niet verder bevrijd dan voor het aandeel van dien schuldeischer.

De eed door een der hoofdelijke schuldenaren afgelegd strekt ten voordeele van de medeschuldenaren, indien de eed het bestaan of niet bestaan der schuld, niet, indien hij alleen de hoofdelijkheid der schuld betrof.

De eed door den hoofdschuldenaar afgelegd strekt ten voordeele van den borg en die van een borg bevrijdt den hoofdschuldenaar, indien hij niet den borgtocht maar de hoofdschuld mocht betreffen.

De weigering van den eed in een der genoemde gevallen heeft ten gevolge dat alleen hij die den eed weigerde in het ongelijk gesteld wordt. Artt. 1975, 1976.

De omvang van de bewijskracht van den afgelegden eed wordt bepaald door den omvang van de gevolgen der overeenkomst waarop hij steunt.

Overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen zegt art. 1376, en voegt daarbij, dat zij aan derden niet ten nadeele kunnen verstrekken noch hun voordeel kunnen aanbrengen, terwijl dat begrip van derden nader bepaald wordt door de bepaling van art. 1354, volgens welke men verondersteld wordt bedongen te hebben voor zich zelven en voor zijne erfgenamen en rechtverkrijgenden. Wanneer men den variant: „of rechthebbenden" voor „en rechtverkrijgenden" buiten aanmerking laat, dan vindt men in art. 1974 de gevolgen van den afgelegden eed geheel in overeenstemming met de gevolgen van de overeenkomsten in het algemeen beschreven en het lijdt dan ook m. i. geen twijfel, of de wetgever heeft ook hier weder de overeenkomst als den grondslag van den eed beschouwd. In de gevolgen zal het echter op dit punt althans wel geen onderscheid maken, want ten slotte zal wel de kracht van het gewijsde, of dit op een eed als bewijsmiddel steunt dan of de eed al of niet het gevolg van een overeenkomst is, het gevolg tusschen partijen bepalen, terwijl dit, evenals eene overeenkomst, geene gevolgen heeft ten nadeele of ten voordeele van derden doch wel erfgenamen en

rechtverkrijgenden bindt. Maar, als de wetgever met het oog op het gewijsde de kracht van een bewijsmiddel bepaalt, dan beperkt hij dit, als in art. 246, tot het geding. Dat doet hij hier niet met zoovele woorden maar toch duidelijk genoeg. Wat de fransche wetgever in art. 1365 bepaalde, met welk artikel ons art. 1974 letterlijk overeenstemt, is geheel uit POTHIER n°. 916 nageschreven en deze leert met zoovele woorden: „Du principe que nous avons établi que le serment décisoire tire son effet de la convention que renferme la délation du serment entre celui qui l'a déféré et celui à qui il a été déféré, il suit encore que, de même qu'une convention n'a d'effet qu'à l'égard de la chose qui a fait l'objet de la convention et qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers (l. 27 § 4 D. de pact.) ..... le serment pareillement ne doit avoir d'effet ni faire tenir pour avéré le fait sur lequel la partie a rendu son affirmation que vis à vis de celle qui le lui a déféré et vis à vis de ses héritiers et autres qui auraient succédé à ses droits mais il n'a aucun effet vis à vis des tiers l. 3 § 3 D. de iureiur." Verg. daarmede BIGOT PRÉAMÉNEU bij LOCRÉ Législat. civ. T. XII, p. 414 n°. 228. Het was dus het karakter van overeenkomst dat, naar het inzien des wetgevers, deze bepaling rechtvaardigt.

Zoo zal de schuldenaar, die door een der erfgenamen van zijn schuldeischer voor zijn aandeel in de schuldvordering tot betaling werd aangesproken en den hem door dezen opgedragen eed, dat hij aan den erflater niets schuldig was, heeft afgelegd, tegenover dien erfgenaam in het gelijk worden gesteld en zal aan dien erfgenaam, op grond van den afgelegden eed, zijne vordering worden ontzegd. Daardoor wordt evenwel niets te kort gedaan aan het recht der overige erfgenamen om dienzelfden schuldenaar tot betaling van hun aandeel in de schuld aan te spreken. De schuldenaar zal zich niet op den door hem in het vorige geding afgelegden eed kunnen beroepen en het tusschen hem en den eersten erfgenaam gewezen vonnis deert de overige erfgenamen niet.

Hoe zal het zijn, als een der hoofdelijke schuldeischers den schuldenaar aansprekende hem den eed opdraagt dat hij niets schuldig is en deze dien eed aflegt? Moet nu de schuld ten opzichte van alle schuldeischers vervallen zooals bij betaling, of alleen voor het deel van dien schuldenaar en ten opzichte van de anderen bestaan blijven na aftrek van het aandeel, zooals bij kwijtschelding?

Na het door onzen wetgever, op het voorbeeld van den franschen, in afwijking van POTHIER, gemaakte onderscheid tusschen betaling (art. 1314 B. W.) en kwijtschelding (art. 1315 § 2) moest hij wel aan den eed hetzelfde gevolg als aan de kwijtschelding toekennen, omdat voor beide gevallen dezelfde reden geldt nl. dat een der schuldeischers, al is hij bevoegd de geheele betaling te vorderen, toch daarom niet bevoegd is om, daar hij als ware hij een lasthebber van de anderen optreedt, daaraan de bevoegdheid tot kwijtschelden te ontleenen en de wet geen aanleiding moet geven tot conniventie van een der schuldeischers met den schuldenaar. BIGOT PRÉAMÉNEU bij LOCRÉ XII, p. 347 n°. 83, 414, n°. 228, MOURICAULT t. z. p. p. 564 n°. 33 p. 589 n°. 56. Dat ook met het oog op deze toelichting, de wet bepaaldelijk geen grond geeft om hier aan betaling of kwijtschelding te denken, zooals DIEPHUIS meent bl. 94, is zeker moeilijk vol te houden. Het is echter zeer twijfelachtig, of hierbij het karakter van de hoofdelijkheid der schuld zuiver is bewaard, doch dat heb ik hier niet te onderzoeken. Dat de eed door den wetgever niet als betaling maar als kwijtschelding behandeld wordt, is consequent. Of evenwel de verbinding van art. 1975 met 1974 door den aanhef niettemin, gerechtvaardigd zij, is iets anders.

Bij de zoogenaamde passieve solidariteit werkt de eed door een der hoofd lees: hoofdelijke schuldenaren afgelegd ten voordeele van de mede-schuldenaren zoodat allen bevrijd zijn. art. 1976. Elk hunner zal zich op het tusschen deze mede-schuldenaren en den schuldeischer gewezen vonnis kunnen beroepen, waarbij op grond van den eed het niet bestaan der schuld werd uitgesproken. Dezelfde praestatie is maar eens verschuldigd, al kunnen meer schuldenaren voor het geheel worden aangesproken en waar het niet verschuldigd zijn der praestatie tegenover één vaststaat, verliezen de verbintenissen der mede-schuldenaren haar object. Betrof de eed niet de schuld zelve maar haar karakter van hoofdelijkheid, dan moet natuurlijk anders worden beslist. — Dat de borg bevrijd is, wanneer de hoofdschuldenaar op den door hem afgelegden eed van de betaling wordt vrijgesproken, ligt voor de hand; de schuldeischer zou immers in dit geval den borg aansprekende middellijk den jegens hem vrijgesproken schuldenaar aanspreken ten gevolge van het aan den borg toegekende regresrecht. Even duidelijk is het dat de eed door den borg afgelegd den hoofdschuldenaar niet

bevrijden kan dan wanneer de borg het niet bestaan der schuld bezwoer. Werd hij op grond van den afgelegden eed alleen als borg vrijgesproken, dit belet geenszins het bestaan der schuld zelve en helpt dus den hoofdschuldenaar niet. Art. 1975 § 2 en 1976 = art. 1365 C. C. POTHIER n°. 918. Men bedenke evenwel dat alleen een zelfschuldige borg omtrent de schuld zelve den eed zou kunnen doen. Want is de borg geen zelfschuldige borg dan kan hij in het geheel omtrent de schuld niet zweren, vermits deze voor hem niet is een persoonlijk feit. Is hij echter zelfschuldig borg, of heeft hij zich m. a. w. hoofdelijk met den schuldenaar verbonden, dan worden de gevolgen zijner verbintenis geregeld naar de beginselen welke ten opzichte van hoofdelijke schulden zijn vastgesteld. Art. 1869 n°. 2.

Maar indien een hoofdelijke schuldenaar tot betaling aangesproken, weigert den hem omtrent het bestaan der schuld opgedragen eed af te leggen, dan staat alleen tegenover hem de schuld vast, maar de medeverbondenen behouden hun recht van tegenspraak. Art. 1974 behoudt hier volle kracht en in de hoofdelijkheid der schuld is niets dat het tegendeel zou moeten doen aannemen. Het te niet gaan van de schuld voor den een moet te niet gaan voor allen medebrengen, maar het tegenover een der schuldenaren geleverd bewijs van het bestaan der schuld bewijst dit niet tegenover de anderen en het veroordeelend vonnis tegen den een uitgesproken heeft tegenover de anderen geen kracht van gewijsde zaak. Verg. vonnis Rechtb. Amsterdam 12 November 1891, W. 6140. Dit wordt over het hoofd gezien door FEITH bl. 289 vv. die, in zijne vrees voor het aannemen van eene overeenkomst als grondslag van het bewijsmiddel van den beslissenden eed, de gevolgen daarvan bespeurt ook daar waar andere beginselen hun invloed doen gelden. Wat ik hier voor hoofdelijk medeverbondenen aanneem geldt eveneens voor niet hoofdelijk medeverbondenen. De schuld des erflaters waarin meer erfgenamen opvolgen moge oorspronkelijk éene schuld zijn geweest, zij is nu tusschen de erfgenamen verdeeld en ieder hunner is voor zijn deel zelfstandig aansprakelijk; het bestaan der schuld moet tegenover ieder hunner bewezen worden. Zie artt. 1335, 1146, 1147 B. W. Het vonnis der Rechtbank te Rotterdam van 25 Juni 1880, vermeld bij FEITH bl. 293, komt mij daarom ook in het stelsel van toelaatbaarheid van den wetenschapseed, onjuist voor. Wanneer de eed door een der hoofdelijke

schuldeischers aan den schuldenaar wordt opgedragen en door dezen geweigerd, dan staat alleen tegenover dien schuldeischer de schuld vast en kan daaruit door de andere hoofdelijke schuldeischers geen voordeel worden genoten volgens art. 1974. Doch de wetgever had daarover niet te spreken, omdat de schuldenaar toch alleen mocht betalen aan den schuldeischer die hem in rechte aansprak. Art. 1315.

TITEL II.

DE BESLISSENDE EED. BEWIJSVOERING.

§ 146. DE OPDRACHT.

De opdracht van den eed kan plaats hebben in elken stand van het geding. **Wanneer?**

Zij geschiedt bij eene conclusie ter terechtzitting, waarin de inhoud van den eed wordt opgenomen en de rechter wordt verzocht dien eed aan de partij op te leggen en, in geval van weigering van de wederpartij, den ingestelden eisch toe te wijzen. **Hoe geschiedt zij?**

De eed kan ook, met andere bewijsmiddelen, subsidiair worden opgedragen voor het geval dat de rechter door die andere bewijsmiddelen het bewijs niet geleverd acht.

De procureur heeft bij de genomen conclusie te doen blijken van de op hem tot de opdracht verstrekte volmacht.

Indien de tegenpartij den eed wil terugwijzen, geschiedt dit bij eene conclusie van dergelijken inhoud, als die waarbij de opdracht plaats heeft. **Terugwijzing**

Wordt in het een en ander geval de eed aangenomen, dan geschiedt dit bij eene schriftelijke verklaring van den procureur waarbij hij ook weder van de daartoe op hem verstrekte volmacht moet doen blijken. **Aanneming.**

In geval van weigering van den opgedragen of teruggewezen eed, kan de rechter dadelijk op de hoofdzaak rechtspreken: in geval van aanneming wordt de eed bij vonnis door den rechter opgelegd. **Weigering.**

Op deze wijze kan het incident, hetwelk door de opdracht van den eed ontstaat, zonder verder debat afloopen. **Afdoening.**

Bestrijding van de opdracht.

Anders wordt het, indien de partij, aan welke de eed werd opgedragen, beweert tot de aflegging ongehouden te zijn, hetzij omdat de wet den eed niet toelaat met betrekking tot de zaak waarin dit geschiedt, hetzij omdat de beslissing van het geschil van het te bezweren gestelde feit niet afhankelijk is, of dit feit niet is een persoonlijk feit met opzicht tot hem aan wien de eed werd opgedragen, hetzij op grond dat van een tot de opdracht verstrekte volmacht niet blijkt, of ook dat de partij aan welke de eed werd opgedragen, met eene verklaring meent te kunnen volstaan, terwijl de andere bepaaldelijk een eed verlangt.

Hoe?

In deze gevallen heeft de partij hare bezwaren tegen de eedsopdracht bij conclusie voor te dragen en zal de rechter desnoods na gehouden pleidooien, daaromtrent beslissen.

Beslissing des rechters.

In ieder geval staat het aan den rechter om uit te maken, of de beslissing van het geschil van den opgedragen eed afhankelijk is en of de afdoening van het geschil in het geheel van den eed mag worden afhankelijk gesteld.

De behandeling van den eed uit het oogpunt van het formeele recht, m. a. w., de aanwijzing van de wijze waarop de bewijsvoering door den eed plaats heeft en van de daartoe noodige vormen en formaliteiten, is in onze wetgeving al even onsystematisch en onvolledig als in de fransche. De bepalingen, die daaromtrent in art. 50 B. R. voorkomen, hebben, nu de afdeeling over de vonnissen in den algemeenen 1sten Titel is opgenomen, van zelf de ruimere strekking welke daaraan toekomt en waaraan de artt. 120 en 121 C. d. pr., ook in verband met art. 470, niet voldeden. Maar de opneming van die bepalingen in de afdeeling over de vonnissen, maakt dat, evenals dit met de verschijning van partijen volgens art. 49 (C. de pr. art. 119) het geval is, wel over het slot van de procedure over den eed, het vonnis waarbij een eed bevolen wordt, iets wordt bepaald, maar bijzondere bepalingen van procedure die den weg wijzen om tot dat vonnis te komen, ontbreken. Men zal zich nu wel met de bepalingen van art. 247 en 141 en, na de intrekking van het laatste met het eerste alleen, moeten te vreden stellen, maar de eedsopdracht had onder de incidenten behooren te worden opgenomen en bij die gelegenheid worden geregeld, evenals getuigenverhoor enz. De ontwerper van 1865 zag dit op het voorbeeld van andere wetboeken en ontwerpen

van lateren tijd goed in. Zie Ontw. B. II, tit. II, afd. 12. Kon hij, wat de procedure betreffende den beslissenden eed (bij den suppletoiren vervalt deze natuurlijk) aangaat, volstaan met te bepalen, dat de opdracht als een gewoon incident ter terechtzitting wordt aangebracht en behandeld, omdat het Ontwerp over de incidenten in het algemeen enkele bepalingen inhield, het komt mij toch niet overbodig voor dat de wet eenige nadere bepaling bevatte omtrent de wijze waarop hier de partij, bepaaldelijk voor de rechterlijke collegien, persoonlijk optreedt tot het opdragen, terugwijzen of aannemen van den eed, waartoe hare persoonlijke handeling gevorderd wordt. Maar bovendien behoeft ook het vonnis zelf en de wijze waarop daaraan moet worden voldaan eene meer volkomene regeling, die thans in de wet ontbreekt, en welker ontstentenis tot moeilijk op te lossen geschillen aanleiding kan geven, waarin het Ontwerp voorziet.

In overeenstemming met het plan van mijn werk geef ik eene voorstelling van den procesgang, zooals die m. i. moet plaats hebben, in den tekst, en daaromtrent eenige toelichting in de volgende aanteekeningen. Wat het vonnis betreft geef ik in den tekst niet veel meer dan de wet bepaalt, de wijze waarop in de leemte moet worden voorzien bespreek in de aanteekeningen.

Dat de scheiding van materieel en formeel recht niet altijd streng is vol te houden, daarvan levert onze wet het bewijs door de opneming in art. 50 § 1 B. R. van dezelfde bepaling die ook het B. W. in art. 1982 laatste lid bevat. Oproeping van de tegenpartij is zeker eene formaliteit, maar de noodzakelijkheid van hare tegenwoordigheid kan ook in onmiddellijk verband met de kracht van het bewijsmiddel staan.

Met opzicht tot de mogelijkheid van de opdracht in elken stand van het geding vergelijke men wat ik daarover schreef bij de behandeling van het verhoor op vraagpunten § 137, bl. 250.

Ook bij de eedsopdracht kon in zaken van gewone behandeling art. 247 in toepassing komen, zoodat de opdracht bij eene zg. eenvoudige akte kon geschieden houdende de middelen en de conclusie, die, aan de tegenpartij beteekend, bij gelijke eenvoudige en beteekende akte werd beantwoord, terwijl de meest gereede partij de zaak dan bij avenir ter rolle kon brengen. Dit kon ge-

schieden, tegelijkertijd met het nemen van conclusien op de hoofdzaak overeenkomstig art. 147 (oud), wanneer de wisseling van schrifturen den eischer tot het resultaat leidde den eed te moeten opdragen. Daar evenwel de eed in elken stand van het geding kan worden opgedragen en de aanleiding daartoe nu wel zal gevonden worden in de ter audientie genomene conclusien en tot de opdracht òf voor òf gedurende de pleidooien zal worden overgegaan, zoo zal die opdracht wel niet anders dan bij conclusie ter terechtzitting geschieden en kan dit zelfs niet anders plaats hebben, nu art. 247 zijn vroegeren inhoud met dien van art. 141 (oud) heeft verwisseld.

Al wordt de eed door de eene partij aan de andere opgedragen, hij moet door den rechter worden opgelegd. Daartoe moet dus de conclusie, waarbij de eed wordt opgedragen, dit verzoek aan den rechter bevatten en tevens dit om, in geval van weigering, den eisch toe te wijzen, dewijl het antwoord al dadelijk in eene weigering kan bestaan en art. 1969 dit gevolg aan de weigering verbindt. Ik spreek hier kortheidshalve alleen van den eischer. Het is niet anders, wanneer de verweerder om den feitelijken grondslag van zijne exceptie te bewijzen den eed opdraagt. Dat de wetgever hier exceptie tegenover vordering stellende, exceptie in eene uitgebreide beteekenis opvat en daaronder ieder verweermiddel begrepen is, waarbij het bewijs op den verweerder rust, is duidelijk. Verg. Dl. I § 35. De wetgever gebruikt daarom terecht de uitdrukking: „in het ongelijk worden gesteld". De verweerder zal zijnerzijds den eed opdragende concludeeren dat in geval van weigering de eisch ontzegd of de eischer daarin niet ontvankelijk verklaard worde. Men zou kunnen beweren, dat het gevolg van de weigering zoo zeer uit de wet volgt, dat daaromtrent eene uitdrukkelijke conclusie overbodig ware; toch is dit niet het geval. Want de weigering van den eed wordt een nieuwe grond, waarop tot toewijzing van den eisch geconcludeerd wordt, die alle andere als het ware opslurpt.

De vraag, of de eed subsidiair kan worden opgedragen, bij ontstentenis van afdoende bewijsgronden door andere bewijsmiddelen geleverd, wordt uitvoerig besproken door Feith bl. 51—61, en in bevestigenden zin beantwoord. Bij het stilzwijgen der wet, geloof ik dat de juistheid van de beantwoording der vraag in dezen zin nauwelijks twijfelachtig is. Wanneer toch de wetgever toelaat dat de eed in elken stand van het geding kan worden opgedragen, dan vloeit daaruit voort dat het gebruik maken van

dit middel door de aanwending van andere middelen niet wordt verwerkt. En nu is er geen reden, waarom de partij die den eed in elken stand van het geding mag opdragen, niet reeds bij voorbaat zou mogen verklaren dat zij, bij onvoldoendheid van andere eerst aan te wenden middelen, van hare bevoegdheid wil gebruik maken om dan, met het oog op en dus in dien lateren stand van het geding den eed op te dragen. De Civ. Prozesordnung onderstelt zelfs (§ 418) dat, wanneer van de eedsopdracht tegelijk met andere bewijsmiddelen gebruik wordt gemaakt, de eerste afhankelijk is van de omstandigheid dat de andere bewijsmiddelen geen resultaat opleveren.

Reeds vroeger merkte ik op dat het voeren van het proces door een vertegenwoordiger die alle handelingen verricht welke tot de instructie van het geding vereischt worden, er van zelf toe moeten leiden dat op den procureur de bijzondere volmacht verstrekt wordt om den eed op te dragen. Doch dewijl van die volmacht moet blijken èn aan de tegenpartij èn aan den rechter, zal overgifte van een afschrift of 't verschaffen van inzage van het oorspronkelijke stuk voor de tegenpartij kunnen dienen, terwijl dan het oorspronkelijke stuk, hetzij authentiek of onderhandsch, want volmachten mogen en plegen in originali uitgegeven te worden (art. 39 Not.-ambt) bij de oorspronkelijke conclusie aan den rechter zal overgelegd worden.

Voor het aannemen van den eed is niet dan eene verklaring noodig, met overlegging van volmacht omdat ook daartoe een bijzondere volmacht vereischt wordt (art. 1971), doch eene conclusie valt daarbij niet te nemen.

Op eenvoudiger wijze zou van de door de partij gegeven volmacht door hare medeonderteekening van de conclusie kunnen blijken.

Als de partij omtrent den inhoud van den eed geene opmerkingen maakt, kan zij zich ten aanzien van de door de tegenpartij verlangde oplegging van den eed, refereeren aan het oordeel des rechters. Zij heeft ook inderdaad niet te concludeeren; want hare aanneming kan geen ander gevolg hebben dan dat de rechter den eed oplegt, waartoe zij zich door die aanneming bereid verklaart. Ook heeft de aanneming nog geen onmiddellijk gevolg op het recht der partijen. Wel neemt de partij door de aanneming de verplichting op zich om den eed af te leggen, maar eerst het

voldoen aan die verplichting, de aflegging van den eed, zal de afwijzing van den eisch ten gevolge hebben en dit zal de rechter nader formuleeren in het vonnis waarbij hij den eed oplegt en, indien hij dit bij een voorwaardelijk vonnis doet, tevens de gevolgen van de aflegging en de weigering aanwijst.

Daar er bij weigering van den eed af te leggen het door de partij die den eed opdroeg, gestelde feit door een onwederlegbaar vermoeden is bewezen en de partij die den eed weigerde in het ongelijk gesteld moet worden (art. 1969), kan de rechter op de weigering dadelijk het geschil beslissen.

Niet licht zal de partij die weigeren moet, daartoe zuiver en eenvoudig overgaan. Op onderscheidene gronden kan zij de eedsopdracht zelve bestrijden, doch het spreekt van zelf dat die gronden ook kunnen worden aangevoerd, zonder dat zij de waarheid van het te bezweren feit zou moeten erkennen en dus den eed niet zou kunnen aannemen. De bestrijding van den eed geschiedt bij eene conclusie strekkende tot antwoord op de conclusie van opdracht. Dan geeft de eed niet alleen tot een incident, maar tot eene ware incidenteele procedure aanleiding. Uit een dergelijke bestrijding tot weigering van den eed te besluiten, zonder dat de partij in de gelegenheid werd gesteld zich daarover bepaaldelijk te verklaren, nadat hare bezwaren tegen dien eed te licht waren bevonden, ware in strijd met art. 1969. Het verwondert mij dat de Hooge Raad geroepen moest worden om dit punt te beslissen (zie arr. 25 Mei 1877, W. 4132), zoo weinig twijfelachtig acht ik de beantwoording dier vraag. De gronden der bestrijding vloeien voort uit de eischen welke de wetgever voor het gebruik van den eed stelt en die in § 144 werden besproken.

Nu de eed een bewijsmiddel is moet hij ook strekken tot bewijs van de waarheid van een feit waarvan de beslissing van het geschil afhankelijk is. Dat de rechter de waarheid van het bezworen feit moet aannemen omdat het bezworen is, dit brengt de bijzondere aard van het bewijsmiddel mede, maar indien de rechter den eed zou moeten opleggen omtrent een feit dat hem niet afdoende voorkomt, maar dat partijen voor afdoende gelieven te houden, dan zou de eed het karakter van bewijsmiddel verliezen, en aan den

rechter geen oordeel verbleven zijn, maar hem alleen het constateeren van een feit, de opdracht en aanneming van den eed, zijn opgedragen, wat alleen buiten twistgeding zijn taak kan zijn.

De rechter moet evenwel den eed beoordeelen, zooals hij wordt opgedragen en door de partij welke den eed opdraagt is geformuleerd. Deze is wel bevoegd om daarin, naar aanleiding van de bestrijding der tegenpartij verandering te brengen, waarover de andere zich dan opnieuw zal hebben uit te laten, maar de rechter heeft den eed op te leggen zooals die door de partij wordt opgedragen, indien hij naar de wet toelaatbaar en werkelijk beslissend is. Verg. arr. H. Raad 17 Febr. 1854 W. 1583.

Dat de rechter geen eed mag toelaten in geschillen waarin de wet den eed niet toelaat (art. 1967 B. W.) kan dunkt mij niet twijfelachtig zijn. Waar hij gebonden is aan bij de wet toegelaten bewijsmiddelen mag hij deze niet toepassen buiten de daaraan door de wet gestelde grenzen. Het is hier niet anders dan bij het getuigenverhoor. Voor zoover eene relatieve onbekwaamheid van een der partijen aan de toepassing van het middel in den weg mocht kunnen staan, zal de rechter daarop, evenmin hier als bij het oordeelen over de geldigheid van andere overeenkomsten, ambtshalve te letten hebben. Wel of tot de opdracht behoorlijke volmacht werd gegeven. Want ook deze is van de opdracht en dientengevolge van de oplegging een onmisbaar vereischte. Art. 1971 is duidelijk op dit punt. Maar, als de door de wet gestelde vereischten aanwezig zijn, staat het niet aan den rechter om naar eigen oordeel den eed in het bepaalde geval al of niet toe te laten. De rechter heeft te onderzoeken of de eed naar de wet is toegelaten en, is dit het geval, dan moet hij den eed opleggen. De fransche jurisprudentie welke hierover wel anders oordeelt, wordt terecht afgekeurd door Marcadé op art. 1358 C. C.

Is opdracht, aanneming en terugwijzing eene daad van de partijen, niet van den rechter, zeker is het wel de gewone wijze waarop de in die handelingen liggende overeenkomst wordt gesloten, dat de opdracht geschiedt door den eischer d. i. door hem op wien de bewijslast rust, aanneming of terugwijzing door de andere partij. Men kan zich evenwel voorstellen, dat die andere partij in dien zin het iniatief neemt dat hij van zijne zijde voorstelt een eed tot staving van zijn beweren te zweren. Als dan de eischer daarin toestemt, zie ik geen reden om deze handelingen

in strijd met de wet te achten of daaraan het karakter van opdracht en aanneming van een beslissenden eed te ontzeggen. Immers in de aanneming van het aanbod ligt een opdracht van den eischer opgesloten en het aanbod houdt tegelijk van de zijde des gedaagde eene aanneming van de opdracht in zich, waarop zij niet kan terugkomen, als eens de eischer op het aanbod inging, terwijl de gedaagde door die aanneming tegelijk van de bevoegdheid om terug te wijzen, die hij anders zou gehad hebben, afziet. Een en ander werd dunkt mij terecht aangewezen bij vonnis van 4 September en 28 December 1866 van den Kantonrechter 1e kanton Amsterdam. Anders oordeelde de Rechtbank aldaar 13 Nov. 1867. Deze laatste ontzegde aan de hier bedoelde handelingen het karakter van beslissenden eed doch meende daarin te zien „eene overeenkomst met wederzijdsch goedvinden aangegaan en door den rechter in geschrift gebracht". Ik blijf evenwel vragen, gelijk ik deed in N. Regtsg. Bijblad 1868 (XVIII), bl. 339 „op welken grond kende de rechter ook hem bindende kracht toe aan eene overeenkomst van partijen over het bewijs, geheel buiten de wettelijke bewijsregelen?

§ 147. HET VONNIS.

Inhoud. Elk vonnis waarbij een eed wordt opgelegd moet de te bezweren feiten vermelden. art. 50 § 1.

Al heeft de partij, aan welke de eed werd opgedragen of teruggewezen, aangenomen dien af te leggen, zoo kan zij nog weigeren daartoe over te gaan op den daarvoor aangewezen tijd en plaats. De rechter zal alzoo, indien hij den eed bij een voorwaardelijk eindvonnis oplegt, in het dictum van zijne uitspraak zoowel voorzien het geval dat de eed wordt afgelegd en voor dat geval den eisch ontzeggen, als het geval dat het afleggen van den eed wordt geweigerd en voor dàt geval den eisch toewijzen. Aflegging van den teruggewezen eed zal tot toewijzing, weigering van dezen tot ontzegging van den eisch grond geven.

De eed kan ook bij een interlocutoir vonnis worden opgelegd. Dan spreekt de rechter het eindvonnis uit nadat de eed werd afgelegd of geweigerd. De einduitspraak behoeft dan niet tot eene nadere terechtzitting te worden uitgesteld. Want de rechter is, zonder verder oordeel, verplicht de partij die den eed aflegde in

het gelijk te stellen en haar in het ongelijk te stellen, indien zij weigerde den eed af te leggen.

Al moet de rechter, indien hij den eed oplegt dien opleggen zooals hij werd opgedragen, moet hij toch gezworen worden zooals hij bij vonnis wordt opgelegd. De partij aan wie de eed werd opgedragen heeft te voldoen aan het vonnis dat haar den eed oplegde. Daaruit is het duidelijk, dat het vonnis den inhoud van den eed moet vermelden of, zooals de wet het uitdrukt in art. 50, de daadzaken moet uitdrukken, waarop den eed gedaan moet worden. Ook vergete men niet dat art. 50 evengoed op den aanvullenden en den schattingseed als op den beslissenden eed van toepassing is; van eerstgenoemden kan de inhoud niet anders dan uit het vonnis waarbij de een of ander van die eeden wordt opgelegd, worden vernomen en de bewoordingen van het artikel doen zelfs in de eerste plaats aan deze eeden denken.

De partij, aan wie de eed wordt opgedragen, heeft op die opdracht te verklaren, of zij aanneemt of weigert, of den eed terugwijst. Op de opdracht kan niet teruggekomen worden nadat zij werd aangenomen, evenmin op de terugwijzing; nadat de wederpartij den teruggewezen eed aannam te zweren. De partij die den eed weigerde wordt in het ongelijk gesteld en kan, eens geweigerd hebbende, daarop ook niet terugkomen. Op de aanneming kan zij in zoover terugkomen dat zij, ofschoon daardoor zich verbonden hebbende om den eed af te leggen, dit alsnog weigeren kan en de niet-voldoening aan de verbintenis zal dan wederom ten gevolge hebben, dat zij in het ongelijk gesteld wordt. Ofschoon de partij met die weigering niet behoeft te wachten totdat zij wordt opgeroepen tot de eedsaflegging en nog minder tot de daartoe bestemde terechtzitting, is de weigering, nadat de eed eerst was aangenomen, toch het meest op dit laatste oogenblik te verwachten, in ieder geval dàn voor den rechter te constateeren.

Wanneer men in het oog houdt dat de interlocutoire vonnissen met name bestemd zijn om een bewijs te bevelen, d. w. z. te bevelen dat de partij, overeenkomstig de voorschriften der wet, het bewijs der feiten door een bepaald bewijsmiddel zal leveren en de

handelingen zal verrichten, welke tot de instructie daarvan noodig zijn, dan schijnt het in den aard der zaak te liggen dat ook de eed bij een interlocutoir vonnis worde opgelegd en dan verder door partijen worde gezorgd dat de eedsaflegging, het bewijsvoeren door middel van den beslissenden eed, plaats hebbe.

De wetgever schrijft evenwel nergens uitdrukkelijk voor dat de bewijsvoering bij een interlocutoir vonnis moet worden bevolen. En wanneer men dan bedenkt, dat door sommige middelen het bewijs geleverd wordt zonder dat eenig bevel van den rechter daartoe noodig is, zooals bij bewijs door geschriften, dan schijnt men daaruit te mogen besluiten dat de bewijsvoering, bij gebreke van bepaalde voorschriften, geschieden kan op zoodanige wijze als de aard van het bewijsmiddel in het bijzonder medebrengt of toelaat, indien slechts de bewijsvoering beantwoorde aan het doel waartoe het middel bestemd is. Ieder vonnis waarbij het leveren van een bewijs wordt opgelegd, is wel een interlocutoir vonnis, maar daarom is voor het leveren van bewijs niet altijd een interlocutoir vonnis noodig.

Zoo brengt dan een vrij algemeene regel van de praktijk der gerechten ook bij ons mede, dat de eed niet bij een interlocutoir maar bij een voorwaardelijk eindvonnis wordt opgelegd, een eindvonnis waarvan het dictum alternatief gesteld wordt, al naar gelang de opgelegde eed wordt afgelegd of geweigerd. Daardoor wordt de rechtspraak vereenvoudigd. Want in één vonnis wordt de zaak afgedaan. Eene aan het eindvonnis voorafgaande interlocutoire uitspraak wordt onnoodig; men krijgt in één vonnis uitgemaakt, wat anders twee geven en het oponthoud of de vertraging, die nog kan ontstaan, wanneer het eindvonnis dan niet onmiddellijk na de uitvoering aan het interlocutoir gegeven wordt uitgesproken, is niet te vreezen. Waartoe tot tweemalen toe van den rechter een vonnis gevraagd dat hij in eens geven kan? dat hij in eens geven kan zonder in eenigerlei opzicht in zijne taak te kort te schieten? Want, wanneer eens de rechter van oordeel is dat de eed moet worden opgelegd en hij die beslissing heeft gegeven, dan is daarmede ook het oordeel des rechters over de vraag, wie van beide partijen in het gelijk moet worden gesteld, uitgesloten. Wie gelijk, of wie ongelijk moet hebben hangt eenvoudig van het afleggen of weigeren van den eed af. En al wordt dan de einduitspraak des rechters eene voor-

waardelijke, het is niet minder eene einduitspraak, daar de rechter niets meer in de zaak te zeggen heeft. 's Rechters oordeel is niet voorwaardelijk en daardoor onzeker, maar het staat vast; en of ten slotte de eene of de andere partij gelijk krijgt, hangt af van een feit dat op de een of andere wijze moet plaats hebben, maar waarin de rechter niets te zeggen heeft. Men houde wel in het oog dat, indien juist is de spreuk „l'interlocutoire ne lie pas le juge", zij toch nooit ofte nimmer op een interlocutoir vonnis, waarbij een eed werd opgelegd, toepasselijk zou kunnen zijn. Dat de wet alleen preparatoire, interlocutoire en eindvonnissen tegenover elkander stelt in art. 46, en daar van voorwaardelijke eindvonnissen niet weet, kan tegenover het gezegde niet afdoen. Dat art. 46 had geen aanleiding om voorwaardelijke eindvonnissen toe te laten of uit te sluiten. Wanneer het in den aanhef zegt, dat de rechter, alvorens de zaak definitief te beslissen eene preparatoire of een interlocutoire uitspraak kan doen, dan belet dit den rechter niet, ja, hij wordt daardoor zelfs implicite bevoegd verklaard om de interlocutoire uitspraak met de definitieve te verbinden. Als hij het niet noodig acht, omdat de aard van een of ander bewijsmiddel het niet gebiedt, dan geeft hij het interlocutoir niet alvorens de zaak definitief te beslissen, maar hij doet het een met het ander omdat met het interlocutoir de beslissing gegeven is.

Wanneer men zich bij de beslissing van de vraag: interlocutoir of voorwaardelijk eindvonnis, op het Rom. recht wil beroepen, dan schijnt, althans in de l. 11 C. de sententiis 7,45, het voorwaardelijk eindvonnis bij oplegging van den eed niet slechts toegelaten maar zelfs voorgeschreven te zijn. „Cum iudex in definitiva sententia iusiurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oporteat, huiusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est." Al zeide dan, volgens Oudeman I, bl. 62, Ulpianus reeds in de l. 1 § 5 D. qu. app. „Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda" en al leert Huber bij de verklaring dezer wet, dat het verkeerd is, eene veroordeeling uit te spreken mits men zwere, de l. 11 boven aangehaald heeft met recht vele Duitsche processualisten aan het voorwaardelijk eindvonnis bij oplegging van den eed goedkeuring doen schenken. Inderdaad is er in het oordeel des rechters, in diens „sententia de eo quod iuris est",

niets voorwaardelijks; het staat vast en niets blijft er voor hem te onderzoeken over om zijn oordeel te vormen; de vorm der uitspraak alleen is voorwaardelijk maar 's rechters oordeel, zijne beslissing is het niet.

Wat hiervan echter zij, opmerkelijk is het dat de schrijvers bij ons vrij algemeen van gevoelen zijn, dat de wet het opleggen van den eed bij voorwaardelijk eindvonnis verbiedt en dat dit bij een interlocutoir vonnis behoort te geschieden. Opmerkelijk is het vooral omdat, terwijl men bij de schrijvers de leer pleegt te zoeken, de Hooge Raad juist, bij arr. van 9 Mei 1845, het opleggen van den eed bij interlocutoir vonnis eene praktikale dwaling heeft genoemd. Later heeft de H. Raad ingezien, dat dit oordeel te scherp was geformuleerd en begreep hij dat de wet even goed een uitspraak bij interlocutoir als bij een zg. voorwaardelijk eindvonnis toeliet; arr. 11 Mei 1855 W. 1644 en 23 Oct. 1873 W. 3652. Zie ook arr. 15 Januari 1892 W. 6146. Opmerking verdient dat de Hooge Raad bij arr. van 18 October 1889 W. 5784, met vernietiging van een arr. van het Hof te 's Gravenhage ten principale recht doende, dat arrest, waarbij een voorwaardelijk eindvonnis was gegeven maar de beslissing uitsluitend van aflegging en weigering was afhankelijk gemaakt, zelf de voorwaarde dus formuleerde: „Voor het geval dat app. den hiervoren omschreven eed zal hebben afgelegd, of wel, bij terugwijzing door den appellant, het afleggen van den eed door den geïntimeerde mocht worden geweigerd en, voor het geval de appellant weigert den hiervoren omschreven eed af te leggen of terug te wijzen, of wel, bij terugwijzing door den appellant, door den geïntimeerde zal zijn afgelegd." De H. R. zag dus zelfs tegen de complicatie, welke uit de vereeniging van aflegging met terugwijzing moet ontstaan, niet op en opende zelfs aan de partij de gelegenheid om op de terechtzitting waarop tot eedsaflegging werd opgeroepen, nog van de terugwijzing gebruik te maken. Wanneer nu een geding behoorlijk, overeenkomstig de wet gevoerd wordt, kan er dan op het oogenblik dat tot de aflegging van den eed, die alzoo aangenomen moet zijn, moet worden overgegaan, nog wel van terugwijzen sprake wezen? Moet toch niet de partij, aan welke de eed wordt opgedragen, zich omtrent aanneming, terugwijzing of weigering verklaren, of althans daartoe de gelegenheid hebben gehad, en verliest zij, van die gelegenheid geen gebruik makende niet de

keuze tusschen aannemen en terugwijzen? Doch dit laatste in 't voorbijgaan. Zie bl. 338.

Mij komt het op boven aangevoerde gronden voor dat onze schrijvers zich ten onrechte tot verdediging van hun gevoelen op de wet beroepen. De wet laat m. i. zoo goed het een als het ander toe. Meer recht hebben zij, wanneer zij wijzen op de moeilijkheden waartoe de voorwaardelijke eindvonnissen leiden kunnen, bij overlijden van hem aan wien de eed is opgelegd of wanneer hij door andere redenen geheel buiten staat mocht geraken om aan het rechterlijk bevel te voldoen. Indien toch de rechter in zijn vonnis eene partij in het gelijk stelt mits hij zwere, en zij wordt, terwijl zij zich bereid verklaarde om den eed af te leggen door overlijden of andere redenen buiten haar schuld in de onmogelijkheid gesteld om dezen eed af te leggen, dan zou er wel eenige grond kunnen bestaan om den eed als afgelegd te beschouwen, doch die grond zou dan toch zijne deugdelijkheid vooral ontleenen aan het „mors cedit pro iuramento" en behalve dat dit maar voor één geval zou helpen, zou men wel met eenig recht kunnen beweren dat de in die spreuk liggende assertie sterker is dan haar waarheid. Maar het voorwaardelijk vonnis beslist niet alleen, dat de partij gelijk heeft mits zij zwere, maar stelt haar ook in het ongelijk als zij niet zweert. Dit verloor de Rechtbank te Haarlem bij haar vonnis van 3 April 1894, W. 6478 uit het oog en zeker geeft art. 50 B. R. geen grond om met die Rechtbank aan te nemen dat, aangezien de dood een wettig beletsel is, de eed niet kan geacht worden te zijn geweigerd. In de wet wordt blijkbaar de voortdurende mogelijkheid om den eed af te leggen ondersteld. Zoo heerscht er twijfel onder de fransche auteurs en ook in de jurisprudentie doch het rationeelst schijnt wel te zijn wat reeds vóór den Code aangenomen was, dat alles hersteld wordt in den toestand waarin partijen waren vóór de opdracht van den eed. CARRÉ Q. 511 en aldaar THOMINE aangehaald door CHAUVEAU. BONCENNE II, p. 503, wil met anderen, evenals CHAUVEAU, in sommige gevallen den rechter de bevoegdheid toekennen om den aangenomen eed te doen afleggen door de erfgenamen. Zonder nadere regeling van de gevolgen voor het hier ondersteldegeval in de wet heeft alzoo de voorwaardelijke uitspraak hare bezwaren. Doch die bezwaren bestaan ook wanneer de eed na aanneming bij interlocutoir is opgelegd. Ook voor dit geval zou ik dezelfde be-

slissing willen geven. Een vermoeden van aflegging van den eed is al even weinig gemotiveerd als een vermoeden van weigering. Aan de aanneming het gevolg toe te kennen alsof de eed afgelegd ware, zou ik in strijd achten met de wet, die kennelijk alleen aan den afgelegden eed rechtsgevolgen toegekend wil zien. art. 1974. En wanneer nu noch het een noch het ander plaats heeft, wanneer de eed evenmin is afgelegd als geweigerd, dan verliest het bewijsmiddel zijn kracht, omdat wat tot zijne voltooiing noodig is, ontbreekt en niet is aan te vullen. Verg. Hof Amsterdam 16 Maart 1888 W. 5557. Aan het oordeel des rechters over de bijzondere omstandigheden kan de beslissing dezer vraag niet zijn overgelaten, al gebruikte de Regeering deze uitvlucht bij de behandeling van art. 50 B. R., v. d. Honert bl. 200 v. v. Wanneer men evenwel let op de vereenvoudiging, welke het voorwaardelijk vonnis hier in de rechtspraak brengt, dan ben ik met den Ontwerper van 1865 van oordeel dat men aan die moeilijkheden door eene wetsbepaling een einde kan maken, en zóó de iure constituendo op het behoud van dat voorwaardelijk eindvonnis behoort bedacht te zijn. Zie art. 125 van O. 1865 B. II tit. II en de toelichting, in verband met art. 120 waarbij de oplegging van den eed, bij voorwaardelijk eindvonnis, wordt bevolen. Ook de Civilprozessordnung bepaalt in § 425: „Auf die Leistung des Eides ist durch bedingtes Endurtheil zu erkennen." Doch in § 427 vordert de Civilprozessordnung een eindvonnis, waarbij omtrent het intreden van het gevolg van het voorwaardelijk vonnis wordt uitspraak gedaan. Uitvoerig is de vraag interlocutoir of voorwaardelijk eindvonnis, behandeld door Feith bl. 197—224. Dat hij het onwettige van het voorwaardelijk eindvonnis zou hebben aangetoond, kan ik niet toegeven; dat bij de uitdrukkelijke handhaving daarvan door den wetgever in nog meer bezwaren moet worden voorzien dan in het Ontwerp geschiedt, daarvoor heeft hij wel gronden aangevoerd.

De wet bepaalt niet dat het vonnis, waarbij een eed wordt opgelegd, de terechtzitting aanwijst waarop dit moet geschieden. De rechter kan door die terechtzitting al dadelijk aan te wijzen tot bespoediging van den afloop der zaak en vereenvoudiging van het geding medewerken. Ook stemt die aanwijzing in het vonnis, waarbij de eed wordt opgelegd, overeen met den geest waarin

enkele wijzigingen in het Wetboek van Burg. Rechtv. bij wet van 7 Juli 1896 n°. 103 werden vastgesteld, voor zoover daarbij den rechter wordt voorgeschreven om in de beslissing, welke hij geeft op een incident, aan te wijzen den dag, waarop de zaak opnieuw ter rolle zal worden opgeroepen. Doch dit is in art. 50 noch elders omtrent een vonnis van eedsoplegging voorgeschreven en de rechter behoeft het alzoo niet te doen.

De Rechtbank te Leeuwarden bepaalde bij vonnis van 30 Mei 1895 W. 6710, na over het litisdecisoire karakter van den eed uitspraak te hebben gedaan, dat de zaak op een bepaald aangewezen terechtzitting weder op de rol zou worden gebracht en dat dan de eischeresse zich zou hebben te verklaren over aanneming of terugwijzing, W. 6710. Op de rol brengen, hoe kan daartoe last gegeven worden? Bedoeld is waarschijnlijk: weder ter rolle opgeroepen. Dan blijft de zaak op de rol.

§ 148. DE AFLEGGING VAN DEN EED.

De eed moet worden afgelegd ter terechtzitting van dien rechter, welke van het geding kennis neemt. Art. 1981 § 1 B. W. Waar?

In den regel zal de partij, welke zich tot de aflegging van den eed bereid verklaarde, daartoe wel het initiatief nemen. Zij zal dan de tegenpartij tegen een daartoe aangewezen terechtzitting moeten oproepen, ten einde bij de eedsaflegging tegenwoordig te zijn. Is de tegenpartij niet behoorlijk opgeroepen, dan mag de eedsaflegging buiten hare tegenwoordigheid niet plaats hebben. Oproeping daartoe.

Toch kan ook de partij, welke den eed heeft af te leggen, daarmede dralen en zoo heeft ook de wederpartij de bevoegdheid om haar tot het afleggen van den eed op te roepen. Hare niet-verschijning wordt dan als weigering om den eed af te leggen aangemerkt, doch de gevolgen van die weigering kunnen worden opgeheven, indien de opgeroepene bewijst uit hoofde van een wèl gerechtvaardigd beletsel verhinderd te zijn geworden. Art. 50 § 2.

Ieder wel gerechtvaardigd beletsel, dat de aflegging van den eed ter terechtzitting onmogelijk maakt, kan aanleiding geven dat de rechtbank aan een harer leden opdraagt om de partij welke den eed moet afleggen, dien in hare woning of verblijf af te nemen. Is die woning of dat verblijf te ver verwijderd van de plaats der terechtzitting of buiten het rechtsgebied der rechtbank gelegen Aflegging ter woonplaats.

dan kan het afnemen van den eed aan den rechter van de woonplaats of het verblijf worden opgedragen. Art. 1981 B. W.

Aflegging door de partij in persoon.

De eed moet door de partij in persoon worden afgelegd. Om gewichtige redenen staat het den rechter vrij aan de partij toe te staan om den eed door een bijzonder daartoe bij authentieke akte gemachtigd persoon te doen afleggen. De volmacht moet den af te leggen eed omstandig en nauwkeurig inhouden. Art. 1982 B. W.

door een gemachtigde.

Art. 1981 B. W. bepaalt in zijn eerste lid iets wat vanzelf spreekt. Dat voorts de eed ter terechtzitting moet worden afgelegd, daaraan kan wel niet getwijfeld worden. Wilde hij het anders, dan zou de wetgever de raadkamer uitdrukkelijk hebben moeten aanwijzen. Hij had echter liever van den rechter dan van de rechtbank moeten spreken, daar bij de Hoven zoowel als bij de rechtbanken, maar ook bij de kantongerechten de bepaling toepassing moet vinden. Het voorschrift ontleent dan ook zijne beteekenis aan de uitzondering, welke er in het tweede lid van art. 1981 op gemaakt wordt.

De partij aan welke de eed wordt opgelegd moet daarmede door haren procureur in kennis worden gesteld. Na de afschaffing van art. 66 (oud) bij de wet van 7 Juli 1896 n°. 103 behoeft het vonnis haar evenwel evenmin als aan den procureur beteekend te worden. Daar zij zich tot den eed bereid verklaarde en dit niet heeft kunnen geschieden zonder hare medewerking, daar zij bovendien zal weten dat de aflegging van den eed haar het proces doet winnen, mag men veronderstellen dat, al mocht de procureur de mededeeling wat uitstellen, de partij zelve zich wel omtrent den afloop van de zaak bij hem zal komen informeeren. Is nu de terechtzitting, waarop de eed behoort te worden afgelegd, in het vonnis aangewezen, dan zou het verzuim om op dien dag te verschijnen het verlies van het proces ten gevolge hebben. Want er zou geen gelegenheid zijn om een anderen dag aangewezen te krijgen, indien de partij althans niet kon bewijzen uit hoofde van een wettig beletsel verhinderd te zijn geweest en men veronderstellen mag dat de rechter in dit geval art. 50 § 2 bij analogie toepasselijk zou achten.

Maar, of de terechtzitting, waarop de eed behoort te worden afgelegd, in het vonnis aangewezen zij of niet, altijd moet de tegenpartij opgeroepen worden om daarbij tegenwoordig te zijn.

„Geen eed mag worden afgenomen", zegt art. 1982 § 4 B. W., „dan in tegenwoordigheid van de tegenpartij of deze daartoe behoorlijk zijnde opgeroepen", en de wetgever herhaalt dit voorschrift in art. 50 § 1 B. R. Het is derhalve in het oog des wetgevers niet een bloote formaliteit of eene bloote toepassing van het „hooren van beide partijen", dat, in ruimen zin toegepast, verbiedt dat er eenige handeling in het proces voor den rechter plaats grijpe door eene der partijen buiten tegenwoordigheid van de andere (zie Dl. I § 14, 3e dr., bl. 116). Dan ware het voldoende dat in het geding door procureurs, de procureur werd opgeroepen. Dit wil de wetgever echter, blijkens de opneming van de bepaling in het Burgerlijk Wetboek, blijkbaar niet. En terecht is hij van oordeel dat de tegenwoordigheid van de tegenpartij de betrouwbaarheid van den eed kan verhoogen, dat zij althans kan medewerken den eedzwerende te doen bedenken, dat er iemand tegenwoordig is, die de waarheid van het te bezweren feit kan controleeren.

Hoe moet de tegenpartij worden opgeroepen? Wat is eene behoorlijke oproeping zooals de wetgever die in art. 1982 B. W. en in art. 50 B. R. verlangt? Indien dit moet geschieden bij een exploit, dan zal dit exploit aan de vereischten van eene dagvaarding moeten voldoen. In de plaats van den eisch, geformuleerd zooals art. 5 dat voorschrijft, komt de vermelding van het feit dat de eed bij vonnis werd opgelegd. Te wiens verzoeke en aan wien zal dan de oproeping worden gedaan? Ofschoon de handeling van de partij zelve zou kunnen geacht worden uit te gaan, komt het mij voor dat zij in het exploit zou moeten vermeld worden als hebbende tot procureur Mr. N. N. en dat het exploit moet beteekend worden aan den procureur van de tegenpartij met sommatie om den client, voor wien hij occupeert ter terechtzitting te doen verschijnen om bij de eedsaflegging tegenwoordig te zijn. Dus luidt het formulier bij CHAUVEAU-GLANDAZ, I, p. 143. Ik acht dit rationeeler dan zooals het formulier luidt bij VAN DEN HONERT-HEEMSKERK n°. 11, volgens hetwelk het exploit beteekend wordt aan den persoon te zijner gekozene woonplaats. Op beide wijzen wordt het doel even goed bereikt. Want op beide wijzen komt het exploit ter kennis èn van den procureur èn van den client, en in beide gevallen door tusschenkomst van den procureur. En al is de verschijning eene persoonlijke handeling, de oproeping blijft eene

handeling in het proces waarop de vertegenwoordiging toepasselijk is. Zoo dikwijls partijen elkander iets te zeggen hebben doen zij dit door en aan de procureurs. Daarom zou ik meenen dat, gelijk BONCENNE II, p. 493 dit aangeeft, de oproeping behoort te geschieden bij acte van procureur tot procureur met sommatie aan dezen laatste om zijn client te doen verschijnen. De oproeping is eene handeling tot instructie van het proces als iedere andere. Er is geen reden, waarom de partijen hier persoonlijk zouden optreden, terwijl zij in alle niet uitgezonderde handelingen van dien aard door hare vertegenwoordigers handelen. De vermelding van den procureur, die CHAUVEAU-GLANDAZ verlangt, wijst er toch ook op dat het eigenlijk de procureur is die hier handelt. Waarom zou hij het dan ook in werkelijkheid niet doen? En de procureur staat weder niet onmiddellijk tot de tegenpartij zelve in betrekking maar tot haar procureur. Hij wendt zich derhalve tot dezen, ook wanneer hij iets persoonlijks van die tegenpartij gedaan wil hebben, maar niet tot haar zelve, die hij niet kent. Verg. art. 133 en 137 B. R.

Wat den termijn betreft, zoo behooren ook bij dit exploit van oproeping de gewone termijnen in acht te worden genomen, doch deze wordt naar de gekozene woonplaats berekend. Mocht die echter zoo kort zijn dat de partij zelve daarop onmogelijk verschijnen kan, dan zal bij niet-verschijning de oproeping niet geacht kunnen worden eene behoorlijke oproeping te zijn.

Moet deze oproeping vergezeld gaan van, of worden voorafgegaan door, eene beteekening van het vonnis? Art. 66 bracht dit mede en vorderde althans eene beteekening aan den procureur. Na afschaffing van die bepaling is geen beteekening meer noodig.

Wanneer de dag voor de eedsaflegging in het vonnis is bepaald, dan komt het eigenlijk voor de tegenpartij niet te pas om de partij aan wie de eed werd opgelegd tot de eedsaflegging op te roepen. En al onderstelt de wet die oproeping en al neemt zij met zoovele woorden het gevolg, dat de weigering om den eed af te leggen ondersteld wordt, alleen aan in het geval dat de partij aan welke de eed werd opgelegd op de oproeping van de tegenpartij niet verschijnt, het onderstellen van die weigering of van haar gevolg is daarom tot dit geval niet beperkt. Hetzelfde gevolg moet toch wel plaats grijpen als zij den aangewezen dag laat ver-

loopen, omdat zij, gelijk ik straks opmerkte, alleen in geval van geldige reden van verhindering, een anderen dag voor de eedsaflegging zou kunnen bepaald krijgen.

De oproeping tot eedsaflegging moet natuurlijk ook vervallen, indien de partij aan welke de eed werd opgelegd het initiatief neemt en de andere oproept om bij de eedsaflegging tegenwoordig te zijn. Ook wanneer zij dan zelve niet verschijnt, komt de gelegenheid om den eed af te leggen voor haar te vervallen.

Is de dag in het vonnis niet bepaald, dan zal wel de partij die zich bereid verklaarde om den eed af te leggen in den regel daarmede niet dralen, maar, als zij zelve of haar procureur tot uitstellen van afdoening geneigd is, en vooral als zij zich met het afleggen van den aangenomen eed ietwat bezwaard gevoelt, kan zij tegen de vervulling der verplichting opzien. Dan vooral kan het voor de tegenpartij, die een einde van het geding verlangt, geraden zijn tot afdoening aan te sporen en harerzijds tot het afleggen van den eed te dringen door daartoe op te roepen.

Omtrent deze oproeping geldt hetgeen ik omtrent die tot bijwoning van de eedsaflegging opmerkte. Ook hier zou ik de oproeping willen doen uitgaan van den procureur der tegenpartij aan den procureur der partij aan wie de eed werd opgelegd om haar te dien einde ter terechtzitting te doen verschijnen. Eene beteekening van het vonnis is hier evenmin noodig.

Wanneer de partij, die opgeroepen werd om bij de eedsaflegging tegenwoordig te zijn niet verschijnt en de oproeping blijkt behoorlijk geschied te zijn, of ook wanneer zij zelve tot de eedsaflegging opriep, wordt tot de eedsaflegging buiten hare tegenwoordigheid overgegaan.

Verschijnt de tot eedsaflegging opgeroepene niet, dan wordt die niet-verschijning als weigering aangemerkt, tenzij er voor de partij een w e t t i g beletsel is geweest. Dat w e t t i g hier in den zin van een wèl gerechtvaardigd beletsel moet worden opgevat, zooals ik het in den tekst uitdruk (verg. OUDEMAN, I, bl. 42 n[t]. 4), zal wel niet twijfelachtig zijn. Dezelfde uitdrukking van wettig beletsel of wettige verhindering in dezelfde beteekenis komt meer voor. Zie artt. 244, 245 B. R.

Intusschen zal die partij, niettegenstaande het bestaan van een wettig beletsel, op grond van weigering van den eed, op de hoofd-

zaak in het ongelijk gesteld kunnen worden, dewijl dit beletsel den rechter onbekend is. Dan wordt haar evenwel het recht van verzet toegekend, en wordt zij tot het bewijs van dit wettig beletsel toegelaten. De rechtvaardigheid van deze laatste bepaling is niet te ontkennen. Zij wordt reeds gevonden in het Wetb. 1830 art. 41 § 2, ofschoon VAN DEN HONERT op § 50 vermeldt dat de bepaling aldus werd vastgesteld bij de Wet van 29 Maart 1833. (lees: 1828?) Maar, ofschoon het zelfs niet overbodig geweest ware er bij te voegen, dat, na bewijs van dit wettig beletsel, de eed alsnog behoort te worden afgelegd om de onderstelde weigering met haar gevolg te niet te doen, zoo is het blijkbaar eene leemte in de wet, dat er ook omtrent de wijze, waarop dit verzet in toepassing moet worden gebracht, niets is bepaald. Men kan hierbij wel denken aan een soort van verstek, waarvan de nadeelige gevolgen worden opgeheven en dan zich daarbij een verzet als tegen een vonnis bij verstek voorstellen, maar dat spreekt toch alles niet zoo vanzelf. Want in werkelijkheid hebben wij hier met een op tegenspraak gewezen vonnis te doen. Immers, indien de rechter bij voorwaardelijk eindvonnis den eed heeft opgelegd, dan zal de uitspraak die van de weigering werd afhankelijk gesteld volle kracht verkrijgen en werd de eed bij interlocutoir vonnis opgelegd, dan moet de rechter uit hoofde van de weigering, overeenkomstig art. 1969, de partij die hier volgens de wet geacht wordt geweigerd te hebben, in het ongelijk stellen. De toepassing van het verzet maakt het nu alleen duidelijk, dat men hier bij denzelfden rechter tegen diens eigen uitspraak opkomt, maar ook dit is eene zoo groote bijzonderheid dat de wijze waarop, de termijn binnen welken en de gevolgen van het verzet eene uitdrukkelijke regeling behoeven. Men zal zich nu met het verzet als tegen een vonnis bij verstek wel zooveel mogelijk moeten behelpen. De Ontwerper van 1865 was daarop wel bedacht, doch of de voorziening omtrent een en ander in art. 122 van Tit. II B. II opgenomen voldoende zij, meen ik te moeten betwijfelen. Ik merk toch alleen dit op dat de partij die een wettig beletsel beweert gehad te hebben eerst het bestaan daarvan moet bewijzen; hoe zij dat moet aanleggen blijkt niet en eerst nadat zij dat bewezen heeft, krijgt zij de bevoegdheid over een maand daarna de wederpartij op te roepen om alsnog tot afleggen van den eed te worden toegelaten. Art. 50 § 2 bevat aan het slot niets meer dan eene wetgevende

gedachte die niet is uitgewerkt; thans zou zoo iets bij een geïmproviseerd, d. i. niet doordacht, amendement kunnen plaats hebben. Men had toch waarlijk in de bepalingen van artt. 244 en 245 aanleiding genoeg om ook hier nadere voorschriften te geven. Vooreerst dient voorkomen te worden dat het vonnis onherroepelijk worde en dat wordt hier juist verondersteld, omdat de gevolgen van het wegblijven niet dan door een verzet dat niet anders dan een verzet tegen een anders onherroepelijk vonnis kan zijn, kunnen worden weggenomen. De partij zou, dunkt mij, de verplichting moeten worden opgelegd, om op de bepaalde terechtzitting zelve of op een nader en op korten termijn bepaalde terechtzitting van het wettig beletsel te doen blijken, waartoe voor haar door de tusschenkomst van haren procureur geen bezwaar kan bestaan. Mocht dan de rechter het beletsel geldig vinden, dan worde hem de bevoegdheid gegeven om alsnog tot den eed toe te laten en den termijn daarvoor, naar gelang van de omstandigheden, te bepalen. Over de gevolgen van absolute verhindering sprak ik hierboven bl. 322. Andere voorstelling bij LAND bl. 462.

Wij bespraken tot dusver het geval van verhindering om op de bepaald aangewezen terechtzitting den eed af te leggen. Er kan evenwel ook onmogelijkheid bestaan om in het geheel op de terechtzitting te verschijnen. Dan is er eene uitzondering noodig op den regel, welke de eedsaflegging ter terechtzitting voorschrijft. Daarin voorziet art. 1981 B. W., min gelukkig uit den C. de Pr. (art. 121) overgebracht.

Uit die bepaling blijkt, dat het collegie aan een zijner leden opdraagt om den eed af te nemen in de woning of het verblijf van dengene die tot de eedsaflegging verplicht is. Vermits de wetgever in § 3 onderscheid maakt tusschen het geval dat de woning of het verblijf te ver mocht zijn verwijderd en het geval dat die woning buiten het rechtsgebied van de rechtbank is gelegen, en dus in het eerste geval met den rechter van de woonplaats niet anders dan de kantonrechter kan bedoeld zijn, zoo kan de opdracht aan een kantonrechter ook plaats hebben in het tweede geval, ofschoon in dit tweede geval de letteren requisitoriaal even goed aan een rechterlijk collegie gericht kunnen worden. Een lid van een collegie kan als rechter-commissaris natuurlijk alleen door het collegie, waarvan hij lid is, worden gecommitteerd.

De uitvoering van deze opdracht hetzij aan een rechter-commissaris, hetzij aan een kantonrechter, hetzij aan een ander collegie, welke hier niet nader geregeld wordt, zal moeten geschieden zooals dit ook in andere gevallen plaats heeft. Het zal dan evenmin als in andere gevallen door den rechter mogen worden bevolen zonder dat de tegenpartij daarin gehoord wordt, wat echter de rechtbank te Amsterdam 6 Oct. 1846, Regtsg. Bijblad IX (1847) bl. 126, anders begreep. De omstandigheid dat dit punt in het B. W. is geregeld en dientengevolge de processueele regeling achterwege bleef, rechtvaardigt niet de afwijking van een doorgaand in de wet erkend beginsel, dat de rechter in een geding geen beslissing neemt dan na partijen gehoord te hebben. Allerminst ware eene afwijking hier gerechtvaardigd, wanneer men bedenkt dat de tegenpartij het recht heeft om bij de eedsaflegging tegenwoordig te zijn en het haar reeds daarom niet onverschillig kan wezen, waar die eedsaflegging plaats heeft. Ook kan het haar niet onverschillig zijn dat de eedsaflegging niet op de terechtzitting zal plaats hebben. — De meest gereede partij heeft van den gecommitteerden of gedelegeerden rechter aanwijzing van tijd en plaats te verzoeken voor de eedsaflegging en daartoe de tegenpartij op te roepen tot eedsaflegging of tot tegenwoordigheid bij die eedsaflegging. Op het van de eedsaflegging of weigering opgemaakt proces-verbaal, zal dan van den rechter op de hoofdzaak de beslissing moeten worden gevraagd, indien hij althans den eed niet bij een voorwaardelijk eindvonnis oplegde. De rechter-commissaris of kantonrechter zal voor het opmaken van het proces-verbaal vergezeld moeten zijn van den griffier.

De eedsaflegging zelve. Dat de eed persoonlijk moet worden afgelegd is niet alleen een gevolg van den aard van dit bewijsmiddel en van de handeling waardoor het in toepassing wordt gebracht, maar het behoort tot zijn wezen en dit moest door de wet als zoodanig zijn erkend. De eed is toch wat de Duitschers eene „höchst persönliche" handeling noemen. Het zweren bij volmacht, „in animam alterius", wordt daardoor uitgesloten. Hoe meer men er toe kwam om de waardigheid en heiligheid van den eed te erkennen, des te meer nam de uitsluiting van den eed bij volmacht toe. De Civ. Prozessordnung sluit hem in § 440 volstrekt uit. De uitdrukkelijke bepaling dat de eed persoonlijk moet

worden afgelegd zou ook, al wilde men den eed bij volmacht uitsluiten, niet overbodig geacht kunnen worden, omdat de algemeene toelating van het handelen door een lasthebber en de toelating van de volmacht in vroegere wetgevingen het argument aan het wezen der handeling ontleend allicht zouden doen over het hoofd zien. Maar de bepaling werd onmisbaar door de uitzondering, welke men op den regel toeliet en de andere bepaling omtrent den eed bij volmacht was 't gevolg van de bijzonderheid dat hier alleen een bijzonder, bij authentieke akte, gevolmachtigde kan optreden. Dat bijzonder heeft hier eene tweeledige beteekenis. Uit eene algemeene machtiging om het geding te voeren kan de gevolmachtigde de bevoegdheid niet afleiden een aan zijn lastgever opgedragen eed te zweren. Voorts is de last om een op te dragen of opgedragen eed af te leggen niet voldoende, de volmacht moet den af te leggen eed omstandig en nauwkeurig uitdrukken. De authentieke akte strekt tot waarborg dat de gedingvoerende partij den last verstrekte; dit stelt zij buiten twijfel. Zelfs de procureur, al vertoonde hij een onderhandsche volmacht, wordt daardoor tot deze handeling niet gelegitimeerd. Men heeft alzoo den sterksten waarborg dat de lastgever heeft gewild wat zijn lasthebber doet en dat hij het juist zóó heeft gewild als het door dezen gedaan wordt. Maar de lastgever neemt niet onmiddellijk de verantwoordelijkheid van den eed op zich. De lasthebber kan wel formeel, niet werkelijk doen, wat zijn lastgever zou behooren te doen. Deze ontwijkt door de volmacht de persoonlijke handeling en het verrichten daarvan voor den rechter en in tegenwoordigheid van de tegenpartij valt weg. En nu ligt juist in het een en ander de kracht van het bewijs door den eed. Werpt men tegen dat hier aan het oordeel van de tegenpartij kan overgelaten worden, of zij desniettemin de beslissing van het geschil van den eed wil laten afhangen, dat zij moet weten of zij aan den eed bij volmacht vertrouwen schenkt en men dus haar ook in dit geval het middel als een „valeat quantum possit" niet moet onthouden, dan antwoord ik in de eerste plaats, dat de heiligheid van den eed verbiedt om hem als een „valeat quantum possit" ook zelfs indien hij niet aan het wezen van den eed voldoet, toe te laten, maar bovendien, en dat veroordeelt den eed bij volmacht ten eenenmale, dat, als de rechter om gewichtige redenen den eed bij volmacht toelaat, hij die den eed opdroeg daar niets tegen

kan doen. Hij draagt op, de tegenpartij neemt aan, verklaart zich bereid den eed af te leggen en nu mag hij die den eed heeft opgedragen die opdracht niet weder intrekken (art. 1972). De partij die zich bereid verklaarde om den eed af te leggen, voert nu redenen aan om tot de aflegging van den eed bij volmacht te worden toegelaten; daarop kan hij die den eed opdroeg het afdoende van die redenen wel bestrijden, indien men althans niet — doch altijd ten onrechte — aanneemt dat de rechter de tegenpartij niet behoeft te hooren, doch, als ten slotte de rechter het afleggen van den eed bij volmacht toelaat, moet hij dit toelaten en moet hij gedogen dat aan den bij volmacht afgelegden eed hetzelfde gevolg wordt toegekend als aan den persoonlijk afgelegden. Hij wordt geacht het vertrouwen, dat hij in de persoonlijke handeling toonde te stellen, evenzeer te hebben in den eed die door een tusschenkomend persoon wordt afgelegd. Die onderstelling is alles behalve gerechtvaardigd, mist zelfs elken deugdelijken grond.

Bij den kantonrechter. In het geding voor den kantonrechter gelden dezelfde bepalingen als bij de gerechten. Doch hare toepassing behoort in overeenstemming met de wijze van procedeeren bij den kantonrechter in het algemeen plaats te hebben.

Omtrent de wijze, waarop het bewijs door den eed bij den kantonrechter geleverd wordt, geeft de wetgever geene bijzondere voorschriften. De artt. van het B. W., welke hier in aanmerking komen, zijn algemeene bepalingen evenals art. 50 B. R. Hebben wij dit laatste, in verband met de wijze van procedeeren voor de rechterlijke collegiën in het algemeen, voor het geding bij de collegiën pasklaar moeten maken, ditzelfde hebben wij nu voor de kantongerechten te doen.

Na hetgeen wij ten aanzien van de collegiën schreven en in verband daarmede, mogen hier enkele opmerkingen voor de kantongerechten volstaan.

1°. Terwijl bij de collegiën de opdracht, aanneming en terugwijzing van den eed als vanzelf bij volmacht geschiedt en deze als vanzelf op den procureur verstrekt wordt, zoo ligt bij de kantongerechten, waar verschijning van partijen in persoon op den voorgrond staat, de opdracht, aanneming en terugwijzing door de

partij zelve voor de hand. Doet de partij zich door een gemachtigde vertegenwoordigen, een volmacht om in rechte te verschijnen en daar alles te verrichten wat de partij zelve tegenwoordig zijnde zou hebben kunnen, mogen of moeten doen, zou voor opdracht, aanneming of terugwijzing van den eed niet voldoende zijn. De volmacht moet den bijzonderen last daartoe inhouden of er moet eene afzonderlijke volmacht voor gegeven worden. Ook kan de partij zelve naast haren gemachtigde in rechte verschijnen, om zelve in persoon de opdracht, terugwijzing of aanneming te doen.

2°. De oproepingen om bij de eedsaflegging tegenwoordig te zijn, of die om den eed af te leggen kunnen niet anders dan bij exploit geschieden. Zij kunnen ten verzoeke van den gemachtigde en ook aan dezen gedaan worden met sommatie om de partij zelve te doen verschijnen. Want wanneer de partij een ander heeft gemachtigd om haar in het geding te vertegenwoordigen, dan kan deze gemachtigde alle handelingen verrichten en alle aanmaningen aannemen, welke het geding medebrengt, voor zoover deze handelingen niet door de partij zelve moeten worden verricht of aan haar zelve beteekend. Voor de oproeping om bij de eedsaflegging tegenwoordig te zijn en die tot eedsaflegging is nergens de persoonlijke handeling der partij voorgeschreven, en dat die oproeping of ook die tot eedsaflegging aan de partij in persoon zou moeten worden gedaan, kan niet daaruit voortvloeien dat zij in persoon verschijnen moet. Immers de machtiging tot het voeren van het geding wil m. a. w zeggen: „beschouw alles wat mijn gemachtigde doet als door mij gedaan en alles wat gij mij te zeggen zult hebben, zal ik als aan mij gezegd beschouwen, indien gij 't aan mijn gemachtigde doet weten. Moet ik nu in persoon verschijnen, dan hebt gij dit slechts aan mijn gemachtigde te zeggen; hij is, krachtens den hem verstrekten last, verplicht mij dit mede te deelen, en dan zal ik zelf komen voor zoover ik daartoe verplicht ben of het mij goeddunkt". Dit neemt niet weg dat de oproeping om tegenwoordig te zijn of om den eed af te leggen ook wel ten verzoeke van de partij zelve kan gedaan worden, want het aanstellen van een gemachtigde belet de partij niet om zelve te handelen. Zoo kan ook de oproeping aan de partij zelve geschieden, al had zij het voeren van 't geding aan een gemachtigde opgedragen; want door die machtiging stelt de partij zich zelve niet buiten het geding.

3°. Moet de oproeping om tegenwoordig te zijn, of die om den eed af te leggen vergezeld gaan van de beteekening of overgave van een afschrift van het vonnis, waarbij de eed werd opgelegd? De wet stelt in art. 106 de noodzakelijkheid van de beteekening van het vonnis, waarbij een getuigenverhoor wordt bevolen, of de afgifte van een afschrift daarvan, afhankelijk van de omstandigheid, of de tegenpartij bij de uitspraak van het vonnis al of niet tegenwoordig is geweest en schrijft die alleen in het laatste geval voor en, bij analogische toepassing van deze bepaling, wordt in het Formulierboek van VAN DEN HONERT-HEEMSKERK bl. 16 en 42 gezegd, dat het vonnis waarbij een eed wordt opgelegd evenmin behoeft beteekend te worden, indien de partij bij de uitspraak tegenwoordig is geweest. Nu de beteekening van de incidenteele vonnissen in het algemeen is afgeschaft door de intrekking van art. 66, is dunkt mij de analogie van art. 106 stellig uitgesloten. Want de daar vermelde beteekening is nu eene uitzondering geworden op den regel van niet-beteekening, terwijl het vroeger eene beperking van de beteekening kon heeten, eene beperking nl. tot het geval van niet-tegenwoordigheid bij de uitspraak.

Het exploit van oproeping om bij de eedsaflegging tegenwoordig te zijn of om die af te leggen moet als vanzelf van den eed, bij het daarbij met datum aan te duiden vonnis opgelegd, melding maken. Meer heeft de partij, aan welke de oproeping gedaan wordt ook niet te weten. Wil zij er meer van weten, zij kan dit op de griffie gaan vernemen.

4°. Bij verhindering van de partij om den eed op de terechtzitting af te leggen, moet de kantonrechter natuurlijk zelf zich naar hare woning of verblijf begeven en hij zal in geval die woning of dat verblijf buiten zijn rechtsgebied mocht zijn gelegen, niet dan aan een kantonrechter van de woonplaats der partij deze gerechtelijke verrichting kunnen opdragen. Het geval dat de woning of het verblijf te ver mocht zijn verwijderd kan bij den kantonrechter niet in aanmerking komen. Hij gaat desnoods het geheele kanton rechtsprekende door.

TITEL III.

DE AANVULLENDE EN DE SCHATTINGSEED.

Met opzicht tot het karakter van beide deze eeden als van bewijsmiddel kan niet getwijfeld worden. Beide strekken zij om 's rechters overtuiging ten aanzien van de waarheid van eene voor hem gevoerde bewering te vestigen. De aanvullende eed voor het geval dat uit reeds aangewende bewijsmiddelen geen volledig bewijs kan worden geput; de schattingseed voor het geval dat een door den rechter vast te stellen waarde van de gevorderde zaak op geene andere wijze kan worden uitgemaakt. Beide strekken zij tot beslissing van het geschil, al zegt de wetgever dit alleen van den aanvullingseed. (art. 1977). Maar daarin komen zij dan ook met den bij uitnemendheid dus genoemden beslissenden eed overeen, ofschoon aan dezen alleen die naam door den wetgever wordt gegeven; art. 1966 n°. 1. Het eigenaardige van den beslissenden eed ligt dan ook niet, evenmin als dat van den aanvullenden of den schattingseed, daarin dat het geschil er door beslist wordt, want dit vloeit uit den aard van den eed in 't algemeen voort; maar in het eene geval draagt de eene partij aan de andere den eed op en die partij wil daarmede de beslissing van de feiten waarover het geschil loopt van den eed der andere partij laten afhangen, terwijl de taak des rechters eenvoudig daarin bestaat, dat hij na partijen gehoord te hebben, den eed overeenkomstig het verlangen der partij indien hij dit gegrond bevonden heeft, oplegt en dan overeenkomstig dien opgelegden eed zijne overtuiging omtrent de waarheid moet vestigen. In het andere geval behoeft de rechter licht omtrent de waarheid en hij zal zijne overtuiging ook wel overeenkomstig den afgelegden eed moeten vestigen, maar hij neemt tot de opdracht van den eed het initiatief en overlegt vooraf, of hij aan den afgelegden eed zoodanig vertrouwen zal kunnen schenken, dat hij de overtuiging van de waarheid van het beweren daardoor verkrijgt. Bij den beslissenden eed staat de handeling der partijen op den voorgrond en is de rechter lijdelijk; bij den aanvullings- en den schattingseed treedt de rechter handelend op en hebben de partijen zijn wil te volgen.

Drie punten hebben wij hier achtereenvolgens in het bijzonder

te behandelen. I, de aanvullingseed; II, de schattingseed en, terwijl ik ze dan in de eerste plaats als bewijs middel bespreek, maak ik tot het onderwerp van een III[de] § de bewijsvoering bij beide deze middelen, in aansluiting aan hetgeen ik, met opzicht tot den beslissenden eed, reeds uitvoeriger ontwikkelde.

§ 149. DE AANVULLENDE EED.

Wanneer komt te pas? De aanvullende (suppletoire) eed wordt ambtshalve door den rechter aan een van beide partijen opgelegd om zijne overtuiging omtrent de waarheid van een in het proces gevoerd beweren te vestigen, indien hij die tot het leveren van bewijs verplicht is zijn beweren wel niet volledig heeft bewezen maar toch de waarheid daarvan in die mate heeft aangetoond dat het niet geheel van bewijs ontbloot is. Art. 1977, 1978 B. W.

Ofschoon men gewoon is van den suppletoiren eed te spreken, wordt hem die benaming toch door de wet hier niet gegeven. Ik vind daarom geen reden die benaming te behouden en kies daarvoor liever het goed nederlandsche woord: aanvullend, evenals de beslissende eed met die benaming in de wet wordt aangeduid en reeds om die reden de benaming van decisoir daarvoor behoort te wijken.

Daar is in de wijze waarop de wetgever in art. 1978 de gevallen aangeeft, waarin de aanvullende eed kan te pas komen, tweeërlei onnauwkeurigheid, welke ik in den tekst heb verbeterd. De onjuiste voorstelling, welke de wetgever van de zaak geeft is echter slechts formeel onjuist; hij geeft zelf de verbetering aan de hand, waaruit volgt dat ik zijne bepaling omschrijvende, gelijk ik deed, mij geene materieele verandering in de wet veroorloof, waardoor ik de perken der uitlegging zou te buiten gaan.

Vooreerst wil de wetgever dat de vordering of exceptie niet volledig is bewezen. Maar, wanneer hij in art. 1902 bepaalt, wat in het proces bewezen moet worden en door wie, dan spreekt hij niet van vorderingen en exceptiën, maar hij spreekt van eene bewering van een feit of recht en van de tegenspraak van een recht, en hij wil die bewering of die tegenspraak bewezen hebben door hem die zich op een feit tot staving van een of ander beroept. Kennelijk ligt in art. 1978 een terug-

slag op de gangbare regels: „actori incumbit probatio” en „reus excipiendo fit actor”, welke, gelijk wij vroeger opmerkten, terecht niet in de wet zijn opgenomen, ofschoon de wetgever de gedachte, die daaraan in het algemeen ten grondslag ligt, had gehuldigd en in betere bewoordingen heeft uitgedrukt. Wij hebben hier weer een van de vele in onze wetboeken voorkomende gevallen, waarin een juist denkbeeld niet juist werd vastgehouden of ontwikkeld. In mijne omschrijving is art. 1978 op dit punt met art. 1902 in overeenstemming gebracht.

Ten andere onderscheidt de wetgever ten onrechte twee gevallen, gelijk de fransche wetgever ten onrechte, schoon minder scherp onderscheidende, van twee voorwaarden of vereischten spreekt, die moeten aanwezig zijn om den aanvullenden eed te kunnen opdragen in art. 1367 C. C. POTHIER heeft, n°. 922, uit twee plaatsen van het corpus iuris, de l. 31 D. de iureiur. 12. 2 en de l. 3 C. de reb. cred. 4. 1, die twee vereischten weten te halen, maar hij brengt ten slotte beide gevallen terug tot het in causis dubiis van de l. 3 Cod. zeggende: „elle (cette loi) appelle de ce nom celles dans lesquelles la demande ou les exceptions ne sont ni évidemment justes, faute d'une preuve pleine et complète, ni évidemment injustes, à cause du commencement de preuve qui se trouve: in quibus, comme dit VINNIUS Sel. quaest. l. 44, iudex dubius est, ob minus plenas probationes allatas”. Daarin ligt alles waar het hierop aankomt. Want inderdaad, wanneer een beweren volledig is bewezen, dan komt geen aanvulling van bewijs te pas, maar aanvulling onderstelt ook dat er eenig bewijs geleverd is, want, waar dit niet het geval is, zal de rechter in den regel het beweren ongegrond verklaren en daarnaar uitspraak doen. „Actore non probante reus absolvitur”, en die in het ongelijkstelling van den eischer is ook op den gedaagde van toepassing, zoo dikwijls op hem de bewijslast rust. „Le juge ne peut pas avoir assez de confiance dans la probité des plaideurs pour regarder le serment comme une preuve suffisante de la demande: il ne doit donc pas le déférer lorsqu'elle est totalement dénuée de preuve. Il ne peut également exiger le serment lorsqu'il il est inutile, et il l'est à son égard lorsque la preuve de la demande est complète”. BIGOT-PRÉAMENEU bij LOCRÉ t. XII, p. 415 n°. 230.

Wanneer wij hier spreken van volledig of volkomen bewezen, dan vergeten wij niet dat dit niet medebrengt dat de rechter

persoonlijk de overtuiging van de waarheid van het beweren heeft. Overal toch waar de wet aan een bewijsmiddel volledige bewijskracht toekent, zooals bij authentieke en ook bij onderhandsche akten en bij de bekentenis, daar is het oordeel des rechters over de waarachtigheid van het beweren uitgesloten. De rechter is verplicht deze aan te nemen. In zoodanig geval een aanvullingseed op te leggen, omdat hij persoonlijk van de waarheid van het beweren niet overtuigd is, ware eene schending van de bepaling der wet, volgens welke het bewijs als volledig is te beschouwen. POTHIER zegt in de aangehaalde plaats wel dat, wanneer het beweren niet geheel van bewijs ontbloot is, er dan begin van bewijs aanwezig is, maar waar hij dat „niet van bewijs ontbloot" als een tweede vereischte stelt voor het opleggen van den aanvullenden eed, zegt hij bijna met dezelfde woorden als in art. 1367 van den Code werden overgenomen: „ne soient pas néanmoins dénuées de preuves" gelijk ook ons art. 1978 luidt: „niet geheel van bewijs ontbloot is". Er bestaat alzoo geen reden om hier aan de noodzakelijkheid van het aanwezig zijn van begin van bewijs in den zin van begin van bewijs bij geschrifte te denken. Er kan toch ook heel goed een gedeeltelijk bewijs, een niet geheel overtuigend bewijs, bijv. door twee getuigen geleverd zijn, om den rechter te doen besluiten, dat het beweren niet geheel van bewijs ontbloot is. Ook zou, werd werkelijk een begin van bewijs door geschrifte gevorderd, het niet volledig bewezen zijn naast dit vereischte alle beteekenis verliezen. „Commencement de preuve" is hier bij POTHIER niet anders dan wat ook in begin van bewijs door geschrift ligt: „eene waarschijnlijkheid" en wel eene voldoende waarschijnlijkheid, doch deze kan ook uit iets anders dan uit geschriften voortvloeien. Wanneer twee koopmansboeken of twee scheepsverklaringen tegen elkander overstaan, zal niet, gelijk de PINTO meent, Handl. W. v. K. op § 8 en § 288 aan een van beide partijen de suppletoire eed kunnen worden opgelegd. Want dewijl het eene boek de bewijskracht van het andere opheft, is hier in 't geheel geen bewijs geleverd. Zie BONNIER en HOLTIUS geciteerd bij RUYS acad. proefschrift: de Scheepsverklaring n. d. Ned. Wetg. Amsterdam (verd. te Leiden) 1863. bl. 159.

Bij de toepassing van den aanvullenden eed heeft men dus uitsluitend te doen met het bewijs geleverd door middelen, welker bewijskracht van de waardeering des rechters afhankelijk is. En

overal waar dit niet het geval is, of ook waar de wetgever een of ander beweren door bepaald aangewezen bewijsmiddelen bewezen wil hebben, valt de toepasselijkheid van den aanvullenden eed weg. Zoo kan ook de aanvullende eed zijn uitgesloten tot aanvulling van een door getuigen geleverd bewijs, waar de wetgever dit hetzij alleen of met andere middelen als uitsluitend bewijsmiddel aanwijst. Wanneer de wetgever bijv. bepaalt, dat de valschheid van een geschrift of zijne echtheid, hetzij door bescheiden, hetzij door getuigen, hetzij door deskundigen moet bewezen worden, dan moet ook het te leveren bewijs uit een van die middelen voortvloeien. Is het daardoor niet geleverd, dan is het bewijs dat de wet wil, niet geleverd en kan van aanvulling van het ontbrekend bewijs geen sprake zijn. De aanwijzing van de, met uitsluiting van andere, toepasselijke bewijsmiddelen, sluit het bewijs door den aanvullenden eed uit.

Zal de aanvullende eed kunnen worden opgelegd, wanneer niet anders dan de verklaring van één getuige een beweren staaft? Art. 1942 kan grond opleveren voor de bevestigende beantwoording van deze vraag. De verklaring van een getuige moge geen geloof verdienen, de wet zegt uitdrukkelijk dat dit het geval is zonder eenig ander middel van bewijs. Wanneer zij dus door den aanvullenden eed gesteund wordt, die toch een bewijsmiddel is, dan wordt dit anders en dan zou ook de verklaring van één getuige geloof kunnen verdienen d. i. tot bewijs strekken. Maar daar staat tegenover, dat, naar art. 1978, de aanvullende eed door den rechter alleen kan worden opgelegd, indien de vordering niet geheel van bewijs ontbloot is. Nu kon de wetgever de bewijskracht van een enkelen getuige niet stelliger en niet op meer volstrekte wijze uitsluiten dan door te zeggen dat zij in rechte geen geloof verdient. Waar in het geheel geen bewijs aanwezig is, is aanvulling van bewijs niet mogelijk; er mag hier in zoodanig geval geen aanvulling door den eed plaats hebben. En het lijdt geen twijfel dat, wanneer de rechter den eed tot aanvulling van bewijs door de verklaring van één getuige oplegt, hij in deze verklaring eene waarschijnlijkheid vindt, terwijl zij volgens de wet geen geloof verdient. De eed zou in dit geval het bewijs niet meer aanvullen maar een bewijs scheppen. Ik vrees dat de rechter, die de verklaring van één getuige bewijskracht geeft door die met den eed aan te vullen, zich meer laat leiden door zijn

afkeurend oordeel over art. 1942, dat hij in te absolute bewoordingen gesteld vindt, of door uitspraken van fransche rechters die aan eene bepaling als ons art. 1942 niet gebonden zijn (verg. POTHIER n°. 926 en BUGNET in zijne aant. daarop; zie ook hierboven bl. 30) dan door de ondubbelzinnige beteekenis van die bewoordingen zelve. Het is waar dat de wetgever door er bij te voegen: zonder eenig ander middel van bewijs, daarmede niet kan bedoelen een middel van bewijs waardoor het bewijs volledig geleverd is, want dan heeft de rechter zoo'n verklaring van één getuige niet noodig. Hij wil kennelijk dat door een ander middel geen volledig bewijs maar niet meer dan waarschijnlijkheid voor den rechter is ontstaan. Maar deze moet dan ook uit een ander middel van bewijs voortvloeien, daardoor zijn aan het licht gebracht, en dit is niet het geval met een middel, dat uitsluitend strekt om de uit een ander middel voortvloeiende waarschijnlijkheid tot rechterlijke zekerheid te maken. M. a. w. de aanvullende eed kan niet anders worden aangewend dan wanneer er waarschijnlijkheid bestaat en deze kan niet aangenomen worden te bestaan waar een bewijsmiddel is aangewend, welks resultaat volgens de wet geen geloof verdient. Naar art. 1978 is het beweren dan geheel van bewijs ontbloot. Anders DIEPHUIS III, 201 en de in de noot aangehaalde; cf. POTHIER n°. 926 en de aant. van BUGNET.

Kan de aanvullende eed in toepassing komen bij een bewijs geleverd door vermoedens? Dit lijdt m. i. geen twijfel. Vermoedens, zou men kunnen zeggen, leiden nooit tot iets meer dan waarschijnlijkheid en de rechter grondt op deze zijne overtuiging, als het beweren door de aangevoerde vermoedens zóó waarschijnlijk is gemaakt, dat het tegendeel zoo goed als uitgesloten is. Als dit niet het geval is dan mag de rechter op de vermoedens geen recht doen. Zou hij dan evenwel den aanvullenden eed niet mogen toelaten? Al zijn de vermoedens, zooals de wet dat voorschrijft, gewichtig, nauwkeurig, bepaald en met elkander in overeenstemming, er kan aan de daardoor te wekken overtuiging des rechters toch iets ontbreken, gelijk dit ook het geval kan wezen, waar hij een beweren door de verklaring van een voldoend aantal getuigen gestaafd ziet. Dan zal hij zeggen: het wettig bewijsmiddel levert in het voorhanden geval geen voldoenden bewijsgrond voor mij op, maar toch wel zooveel dat ik erkennen moet dat, ofschoon

het beweren niet volledig bewezen is, het toch niet van bewijs is ontbloot. Zoo valt het besproken geval van niet volkomen overtuigend bewijs opleverende vermoedens geheel onder de toepassing van art. 1978, en is ook juist daarvoor de aanvullende eed als aangewezen. Het komt er ook hier slechts op aan om in het oog te houden, dat bewijs uit zich zelf geen absolute beteekenis heeft maar dat, gelijk de wetgever in meer dan eene bepaling duidelijk veronderstelt, een bewijs volledig en min volledig kan geleverd zijn, dat daarom ook tegenbewijs in den regel is vrijgelaten en dat dit, behalve in de gevallen waarin de wetgever het met name uitsluit, alleen vervalt, als de wet aan een bewijsmiddel volledige bewijskracht toekent. Buiten deze gevallen weegt de rechter de door wettige bewijsmiddelen aangevoerde gronden van bewijs en waardeert hij die tot vaststelling van zijne overtuiging. Wordt die overtuiging niet verkregen, dan kan de rechter verklaren dat er uit de aangevoerde bewijsmiddelen in het geheel geen bewijs voortvloeit en hij zal, het beweren onbewezen en dientengevolge ongegrond verklarende, den ingestelden eisch ontzeggen, of dien toewijzen, wanneer de tegenspraak die bewezen moet worden onbewezen is gebleven, of hij kan verklaren dat wel geen volledig bewijs werd geleverd, maar toch ook het beweren niet geheel onbewezen is. Dan kan hij verklaren overtuigd te zullen zijn van de waarheid, indien de niet volkomen bewezene bewering met eede wordt bevestigd, maar hij behoeft zich daartoe niet te bepalen. Hij kan bij een interlocutoir vonnis nadere bewijzen vorderen, gelijk ASSER (verg. § 902) opmerkt. Uit het gezegde blijkt overigens voldoende dat ik geen suppletoiren eed toegelaten acht om een bewijs uit vermoedens geput aan te vullen waar bewijs door vermoedens niet is toegelaten. Hoe kan men beweren dat een beweren niet geheel van bewijs ontbloot is, waar dat bewijs uitsluitend uit een bij de wet niet toegelaten bewijsmiddel zou geput worden? Zie ook H. Raad arr. 26 Mei 1871, W. 3341. Een voorbeeld van aanvulling van vermoeden door aanvullenden eed in art. 270 § 2 K.

Reeds daarom liet onze wetgever te recht de slotbepaling van art. 1367 C. C. weg; want ook in andere opzichten is het onvolledig en daardoor onjuist, en zelfs, al had het de gedachte die er aan tot grondslag ligt volkomen juist uitgedrukt, ware het nog geheel overbodig geweest.

De rechter legt den aanvullenden eed aan eene der beide partijen op. De rechter beoordeelt derhalve ook, of daarvoor termen bestaan. Want het opleggen van den aanvullenden eed is juist in die gevallen toegelaten waar de beoordeeling van het al of niet voldoende der gronden, door een in toepassing gebracht bewijsmiddel geleverd, aan den rechter is overgelaten. De tegenstelling ligt in de eerste plaats in hetgeen in art. 1966 nº. 1 van den beslissenden eed gezegd wordt dat de eene partij aan de andere den eed opdraagt. Maar art. 1966 zou dan hebben kunnen volstaan met in nº. 2 te spreken van eene der partijen. Het zegt dat de eed wordt opgelegd „aan eene der beide partijen" en daarmede geeft het artikel de bewoordingen van den Code terug: à l'une ou l'autre des parties. Ditzelfde mocht de wetgever onderstellen, toen hij in art. 1977 eenvoudig van eene der partijen sprak. Dat wil nl. zeggen, zooals art. 1966 nº. 2, luidt, aan eene der beide partijen, à l'une ou l'autre. De rechter heeft dus de keus. Hij is niet gebonden om den eed op te leggen aan de partij op welke de bewijslast rust en die in het vervullen van dien last niet volkomen mag zijn geslaagd, maar even goed aan de andere. Indien men maar in het oog houdt dat het hier geen aanvulling van ontbrekende bewijsmiddelen geldt, maar dat de overtuiging welke uit het geleverde bewijs moet ontstaan, bevestiging behoeft en dat het middel van den suppletoiren eed den rechter die bevestiging of aanvulling van zijn niet geheel volkomene overtuiging kan bezorgen. Er wordt door de aan den rechter toegekende bevoegdheid om aan eene der partijen naar zijne keuze den eed op te leggen volstrekt geen inbreuk gemaakt op den in art. 1902 beschreven bewijslast. Als eene beweerde betaling niet volledig is bewezen, dan kan de twijfel, welke bij den rechter bleef bestaan, even goed opgeheven worden door den eed van hem die beweert betaald te hebben of door diens weigering om dien eed af te leggen als door aflegging of weigering van den eed door hem die de betaling tegensprak. En nu moet het aan den rechter overgelaten blijven om te beoordeelen aan den eed van welke der partijen hij het meeste vertrouwen wil schenken. Want aan den rechter wordt het middel toegekend om tot eene vaste overtuiging te komen. Het ligt dus voor de hand dat de wetgever hem dit middel ook heeft willen toekennen zóó dat het het best aan zijn doel beantwoordt. Eene omkeering van den be-

wijslast ligt er inderdaad ook niet in, wanneer de eed wordt opgelegd aan hem die geen bewijs behoeft te leveren. Het afleggen van den eed wordt geen last voor hem die van de waarheid van zijn beweren overtuigd is. Is hij dit niet, dan verdient hij in het ongelijk gesteld te worden en niet te profiteeren van de omstandigheid dat hij niet behoefde te bewijzen, terwijl de andere partij, op welke de bewijslast rust, haar beweren tot groote waarschijnlijkheid bracht. Zoo vinden we in de juistheid van de door ons beweerde bevoegdheid des rechters eene bevestiging van de beteekenis die wij te hechten hebben aan de woorden der wet, volgens welke de eed aan een der beide partijen, à l'une ou l'autre des parties, kan worden opgelegd. „Lorsque le juge défère le serment à l'une des parties, c'est un choix dans lequel on a présumé qu'il a été déterminé par des motifs qui doivent influencer sur la découverte de la vérité". BIGOT-PRÉAMENEU bij LOCRÉ t. a. p. n°. 231 p. 415 in overeenstemming met POTHIER n°. 925: „Le juge doit aussi, pour le choix de la partie à qui il défère le serment, avoir égard à la qualité des parties, considérer quelle est celle qui est la plus digne de foi, ou qui doit avoir plus de connaissance du fait; il doit se déterminer inspectis personarum et causae circumstantiis C. fin X jurejur. Ofschoon reeds naar de woorden der wet weinig betwistbaar, heeft toch die vrijheid van 's rechters keuze herhaaldelijk het onderwerp van eene beslissing van den Hoogen Raad uitgemaakt. Zie o. a. arr. 1 Juni 1855, W. 1649.

Anders wordt het natuurlijk wanneer de wet bepaalt, aan welke der partijen de eed moet worden opgedragen, zooals dit in art. 270 § 2 K. geschiedt. Zie ook art. 597 K.

Vrij algemeen neemt men aan dat de bepaling van art. 1968 niet op den aanvullenden eed van toepassing is. M. i. ten onrechte. Allerminst kan ik hechten aan het argument uit het woordje die van art. 1968 ontleend. Zie vonnis Dordrecht 24 Febr. 1892, W. 6228. Dat het woordje die alleen op den eed, waarvan in het vorig artikel de rede is, terugslaat, is zeker duidelijk genoeg. En dat de wetgever de bepaling met zoovele woorden alleen voor den beslissenden eed heeft gemaakt is niet minder duidelijk. Maar als men nagaat dat de wetgever een persoonlijk feit eischt, omdat daarvan alleen de waarheid kan worden bezworen en de eed dus daaromtrent alleen bewijs kan opleveren, dan zou ik meenen dat

ook op den aanvullenden eed, die het karakter van bewijsmiddel met den beslissenden eed gemeen heeft en evenals deze tot beslissing van de zaak moet dienen en alzoo de waarheid moet aantoonen van wat niet volkomen bewezen was, dat vereischte van persoonlijk feit eveneens toepasselijk wezen moet.

Opmerking verdient de bepaling van art. 32 der faillissementswet waarbij den rechter de bevoegdheid wordt toegekend de eeden in art. 1977 B. W. vermeld in een door of tegen den curator ingesteld of voortgezet geding, aan den gefailleerde op te leggen. Zie de toelichting.

Geen terugwijzing. De eed door den rechter aan eene der partijen opgelegd kan door deze niet aan de wederpartij worden teruggewezen. Art. 1980 B. W.

Was er niet van terugwijzing sprake geweest bij den beslissenden eed, het ware zeker niet noodig geweest deze bepaling te maken. Men zou niet licht op de gedachte komen dat wat de rechter ambtshalve van eene der partijen verlangt, door deze aan de andere werd overgelaten. Zoo rationeel de terugwijzing is bij den beslissenden eed; zoo rationeel het is dat, als de eene partij tegen de andere zegt: ik laat de beslissing aan uwe waarheidsliefde over en de andere op hare beurt van gelijk vertrouwen doet blijken, de eerste niet mag weigeren wat zij zelve van de andere verlangde; zoo irrationeel ware de afschuiving van een last door den rechter opgelegd. Te meer, indien, gelijk hier, de rechter juist om de waarheid te ontdekken of althans om zijne overtuiging daaromtrent te vestigen, van de door hem zelven gekozene partij en juist niet van de andere den eed verlangde. Ook langs anderen weg kan de partij aan welke de rechter den eed oplegde, de gevolgen van dit bevel niet ontgaan, zoolang niet het vonnis vernietigd werd. Zie DIEPHUIS bl. 205.

Bewijs van valschheid. De valschheid van den aanvullenden eed kan door de tegenpartij beweerd worden en indien het bewijs daarvan geleverd wordt, het door den eed voltooid bewijs krachteloos gemaakt.

Blijkt de valschheid van den eed inmiddels uit een strafvonnis dan kan dit, met inachtneming van art. 1955, tot bewijs van de valschheid in het burgerlijk geding strekken. Wordt zoodanig

strafvonnis gewezen nadat het vonnis in het burgerlijk geding in kracht van gewijsde is gegaan, dan staat tegen dit vonnis het middel van request civiel open.

Art. 1973 is op den aanvullenden eed niet toepasselijk; het is daarop bij de wet niet toepasselijk verklaard en de ratio van art. 1973 ontbreekt hier geheel. De partij die verklaarde de beslissing omtrent de waarheid van een feit aan den eed van de tegenpartij over te laten kan het beweren niet vrijstaan dat zij de waarheidsliefde der tegenpartij ten onrechte vertrouwde. Hier kan zelfs, althans volgens de wet, de evidentie van eene strafrechterlijke veroordeeling die partij niet helpen. Bij den aanvullenden eed gaat evenwel het vertrouwen op de waarheidsliefde der partij van den rechter uit, en al moge hij den eed niet opleggen, indien hij de partij niet vertrouwt, hij doet dit toch in de onderstelling dat zij de waarheid zal spreken. Welk bezwaar kan er bestaan om de onjuistheid van die onderstelling aan te toonen? De gerechtigheid vordert de toelating daarvan.

De toelating van request civiel volgt uit art. 382 n°. 1 in verband met de Wet van 7 Juli 1896, n°. 103. Hieruit volgt a fortiori dat het strafvonnis als bewijs kan gebruikt worden, in het geding waarin de eed werd afgelegd, zoo lang daartoe nog de gelegenheid bestaat. En wanneer dan het bewijs door een strafvonnis is toegelaten, moet ook ander bewijs toegelaten zijn. Er kan dus omtrent de niet toepasselijkheid van art. 1973 geen de minste twijfel bestaan.

§ 150. DE SCHATTINGSEED.

De schattingseed heeft de strekking om een in geld toe te wijzen bedrag te bepalen. Hij wordt door den rechter ambtshalve aan den eischer opgelegd, wanneer het onmogelijk is om het toe te wijzen geldelijk bedrag op een andere wijze vast te stellen. Strekking. aan wien opgelegd.

De rechter wijst dan het geldelijk bedrag toe overeenkomstig den door den eischer afgelegden eed, doch bepaalt vooraf de som tot welker beloop de eischer zal geloofd worden. Art. 1979 B. W. onder welke nadere bepaling.

De schattingseed heeft met den aanvullenden eed alleen dit ge-

meen dat hij door den rechter opgelegd wordt. Van eene aanvulling van bewijs is hier geen sprake, want uitdrukkelijk zegt de wetgever dat hij alleen mag opgelegd worden, wanneer het onmogelijk is om op eene andere wijze de waarde eener zaak, een toe te wijzen bedrag, vast te stellen, m. a. w. de hoegrootheid daarvan te bewijzen. Er wordt hier dus eerst bij onmogelijkheid om ander bewijs te leveren, tot den eed de toevlucht genomen en dat daarbij de eed een louter formeel bewijsmiddel wordt, is moeilijk te betwisten.

Men pleegt dezen eed uit het Rom. recht af te leiden en met den daar als iuramentum in litem bekenden eed in verband te brengen. Dit deed ook POTHIER, in zoover het latere recht van de volgens hem in 't Rom. recht als iuramentum in litem bekende iuramentum affectionis en iuramentum veritatis alleen dezen laatsten zou hebben behouden. Intusschen heeft onze schattingseed slechts een flauwe gelijkenis met dat iuramentum in litem der Romeinen. Want, behalve dat bij hen de eischer het recht had in bepaalde gevallen, ten aanzien van bepaalde actiën, de in het algemeen met het „quanti ea res est" aan den rechter opgedragen waardeering, onder bevestiging met eed over te nemen, mocht hij dit alleen om des gedaagden contumacia of dolus. En al lieten de uitleggers vrij algemeen het ook bij andere actiën toe, altijd was het de eischer, die tot de eedsoplegging door den rechter het initiatief nam en gaf dolus van den gedaagde hem daartoe de bevoegdheid. Zie SCHRÖTER in Zeitschrift f. Civilr. u. Prozess, VII en VIII. De voorstelling van POTHIER is dan ook niet anders dan een naar den usus hodiernus gewijzigd rom. recht. En zoo bepaalde dienovereenkomstig de Code, waaraan onze wetgever zijne bepaling ontleende, wat de duitsche wetgever eerst in de Civilprozessordnung overnam § 260. Hoezeer daar in het tweede lid dier § wordt bepaald: „Die Vorschriften über den Schätzungseid werden aufgehoben", treft men in het eerste lid eene regeling aan, die in beginsel van de onze niet anders verschilt, dan zoover dit verschil van den invloed der vrije bewijstheorie het gevolg is. „Ist unter Partheien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufen, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung. Ob und in wieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder

von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kan anordnen dass der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Falle hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welche die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf."

De in het Rom. recht in bepaalde gevallen aan den eischer toegekende bevoordeeling uit hoofde van de bijzondere houding door den gedaagde aangenomen, waardoor aan dezen eene zg. poena privata werd opgelegd, is geheel weggevallen en de eed strekt niet anders dan om tot bewijs te dienen, waar dit anders niet mogelijk is te leveren. En daartoe is hier voldoende grond aanwezig omdat de eischer op de hoofdzaak, nl. met opzicht tot zijn recht op schadevergoeding in 't algemeen, bewijs moet hebben geleverd en hier dus alleen uit te maken is de vraag, niet of hem eene geldelijke vergoeding toekomt maar hoe groot deze moet zijn. De beperking, welke daaraan nog weder door den rechter moet gesteld worden en die naar 't Rom. recht eene bevoegdheid des rechters was: „Judex potest praefinire certam summam usque ad quam iuretur" l. 5 § 1 D. de in litem jur. XII, 3, was reeds in het vroegere fransche recht eene verplichting geworden. Pothier t. a. p. n°. 931. Uit het gezegde volgt evenwel en art. 1979 bevestigt dit, dat de schattingseed alleen aan den eischer kan worden opgedragen. Verg. Land bl. 465.

Als men nagaat dat, naar het Rom. recht, het iuramentum in litem zijn eigenlijke toepassing vond bij de actiones arbitrariae of bonae fidei ad restituendum aut exhibendum, en let op den invloed, welken het op onze instelling heeft uitgeoefend, dan valt daaruit licht te verklaren, hoe in art. 1979 van de waarde der gevorderde zaak wordt gesproken. Het komt mij evenwel voor dat — als men op de aanleiding tot die beperkte uitdrukking let, en haar in verband brengt met de onbeperkte uitdrukking van art. 1977 een toe te wijzen bedrag te bepalen, terwijl er geen reden bestaat voor de beperking, daar er ook andere gevallen van schadevergoeding kunnen voorkomen, waarin ander bewijs niet mogelijk is (verg. de aangeh. bepaling van de Civilprozessordnung) — eene ruime uitlegging

aan de wet bij hare toepassing moet worden gegeven. De beperking, welke er ligt in de woorden van art. 1979 § 1: niet dan, heeft in verband met het zelfs van het tweede lid, betrekking op de toelating van den eed en zijne bewijskracht. Er moet nl. geen mogelijkheid zijn om op andere wijze de waarde te bepalen en dan is niet eens het bewijs in volstrekten zin van den eed des eischers afhankelijk; het „iurare in infinitum" van l. 4 § 2 D. de in lit. iur. XII, 3 is hem niet veroorloofd, maar hij wordt slechts geloofd binnen door den rechter te stellen grenzen. Deze beperking heeft niets te maken met gevallen waarin de eed kan worden toegelaten. Zoodra er onmogelijkheid bestaat om de hoegrootheid te bepalen van een geldelijk bedrag, welks verschuldigdheid vaststaat, dan is de eed als hulpmiddel noodzakelijk, of het geldt de waarde van eene zaak in den bepaalden zin van het woord dan wel een geldelijk bedrag in het algemeen.

Het komt niet zelden voor dat een eisch tot schadevergoeding, vooral waar het geldt eene vordering tot vergoeding van schade en tot betering van het nadeel in eer en goeden naam geleden (art. 1408 B. W.) wel tot een bepaald geldelijk bedrag gesteld wordt maar onder de bijvoeging: „of zooveel meer of minder als de rechter in goede justitie zal achten te behooren". Dat slaat terug op het tweede lid van het artikel hetwelk de waardeering aan den rechter opdraagt, die daarbij zal te letten hebben op het min of meer grove van de beleediging, benevens op de hoedanigheid, den stand en de fortuin der wederzijdsche partijen, en op de omstandigheden. Hier geeft de wetgever den rechter de elementen voor zijne waardeering en draagt die waardeering aan hem op. De oplegging van den eed aan den eischer is daardoor uitgesloten; de wetgever is zelf van oordeel, dat met de door hem gestelde gegevens de bepaling van de hoegrootheid van het geldelijk bedrag niet onmogelijk is, al moge het in bijzondere gevallen niet zoo heel gemakkelijk wezen; ook sluit de verplichting om op den stand enz. van wederzijdsche partijen te letten, de bepaling van het bedrag op de eenzijdige verklaring des eischers uit, indien het al in het geheel raadzaam kon geacht worden om de beslissing van een voor den eischer van zoo uitnemend subjectieve, wil men hoogst persoonlijke, opvatting afhankelijk geval, van den eed diens eischers afhankelijk te stellen. Eene toepassing van den schattingseed maakt de wetgever zelf in

art. 295 K. Ook daar wordt de eed aan den verzekerde, den eischer, opgelegd. Zie ook art. 96 K.

Dat de schattingseed evenmin als de aanvullende eed teruggewezen kan worden, wordt in art. 1980 bepaald. Het ligt trouwens in den aard der zaak. Van eene bewering van valschheid kan hier ook niet licht sprake zijn. „De periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iuravit, quaeri facile non solere. PAULUS l. 11 D. de in lit. iur. XII 3.

§ 151. DE BEWIJSVOERING DOOR DEN AANVULLENDEN EN DEN SCHATTINGSEED.

Het spreekt vanzelf dat alles wat wij in § 146 ten aanzien van de opdracht van den eed hadden te bespreken hier niet te pas komt. De bewijsvoering neemt hier een aanvang met het vonnis waarbij de eed wordt opgelegd. Dit neemt niet weg, dat er in de omstandigheden van eene of andere zaak aanleiding voor eene der partijen kan bestaan om zich tot het afleggen van een aanvullenden of van den schattingseed bereid te verklaren of 's rechters aandacht daarop te vestigen, maar daartoe komt het nemen van eene conclusie niet te pas. Op den aanvullenden eed kan de aandacht des rechters ook in eene conclusie gevestigd worden, in zoover eene partij die tot het leveren van bewijs verplicht is daarbij de onderstelling kan uiten dat de rechter het bewijs niet volledig mocht achten en in verband daarmede zich tot afleggen van den aanvullenden eed bereid verklaart. Ten aanzien van den schattingseed kan de onmogelijkheid om de waarde op eene andere wijze te bepalen eerder aanleiding geven om rechtstreeks tot het opleggen van dien eed te concludeeren. Doch het blijft alweer aan den rechter om het bestaan van die onmogelijkheid te beoordeelen. In geen geval kan de vorm, waarin een der partijen hare meening mocht te kennen geven over het opleggen van den suppletoiren eed, den rechter verplichten om over dit punt bij zijn vonnis opzettelijk eene beslissing te geven. Hij gaat het door de partij te kennen gegeven verlangen of gevoelen voorbij zonder daarvan rekenschap te geven of vereenigt zich daarmede zonder op andere wijze dan door de oplegging van den eed daarvan te doen blijken.

De rechter handelt hier ambtshalve en legt den eed bij een vonnis op. Van dat vonnis, waarop art. 50 „Elk vonnis waarbij een eed wordt opgelegd", toepasselijk is, geldt, wat wij daaromtrent in § 147 hebben opgemerkt. Omtrent de aflegging van den eed, verwijs ik naar § 148. Wat art. 50 B. R. en de artt. 1981 en 1982 bepalen geldt hier even goed als voor den beslissenden eed. Want de bewoordingen dier artikelen zijn algemeen en de plaats, welke laatstgenoemde artikelen in den VIen titel van B. IV, B. W. innemen, bevestigt de algemeene strekking dier bepalingen.

BOEKDRUKKERIJ voorheen E. J. BRILL, LEIDEN.